

DIE ZULÄSSIGKEIT VON PREISBINDUNGEN
IM RAHMEN VON VERTRIEBSSYSTEMEN

INAUGURAL-DISSERTATION

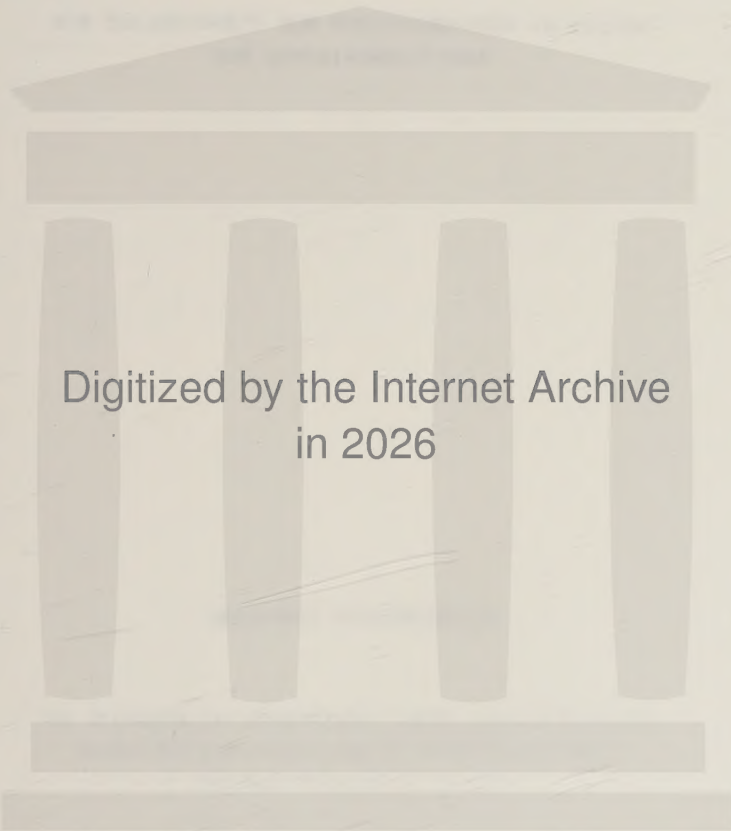
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die Abteilung für Rechtswissenschaft
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von Norbert Gehling
aus Paderborn, ~~1967~~ 1968



Dekan: Prof. Dr. Eberhard Schwark
Erstberichterstatter: Prof. Dr. Eberhard Schwark
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Rolf Wank

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Mai 1988



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546619_0001



**DIE ZULÄSSIGKEIT VON PREISBINDUNGEN IM RAHMEN
VON VERTRIEBSSYSTEMEN**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Rechte durch die Abteilung für Rechtswissenschaft
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von Norbert Gehling
aus Paderborn, 1987

Dekan: Prof. Dr. Eberhard Schwark
Erstberichterstatte: Prof. Dr. Eberhard Schwark
Zweitberichterstatte: Prof. Dr. Rolf Wank

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Mai 1988

VORWORT

Die vorliegende Arbeit ist während meiner Assistentenzeit bei Herrn Prof. Dr. Eberhard Schwark an der Ruhr-Universität Bochum entstanden. Herrn Prof. Schwark gilt mein ganz besonderer Dank. Nach der Überlassung des Themas hat Herr Prof. Schwark die Bearbeitung mit stetem Interesse und in anregender, kritischer Auseinandersetzung gefördert und betreut.

Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Rolf Wank, der die Zweitkorrektur der Dissertation übernommen hat.

Ich widme die Arbeit meiner Frau Susanne.

Norbert Gehling

INHALT

Abkürzungen

Einleitung

Teil 1. Preisbindung in der Wettbewerbstheorie

- A. Auswirkungen vertikaler Preisbindungen
 - I. Beurteilung im Wandel
 - II. Nachteile für den Wettbewerb
 - III. Vorteile bzw. Rechtfertigungsgründe
- B. Wettbewerbstheorie

Teil 2. Zivilrechtliche Ausgestaltung

- A. Wirtschaftlicher Hintergrund
 - I. Herstellerinteressen
 - II. Vertragliche Einbindung
- B. Arten
 - I. Handelsvertreter
 - II. Kommissionsagent
 - III. Vertragshändler
- C. Austauschbarkeit der Rechtsformen im Hinblick auf die Gestaltung von Vertriebssystemen

Teil 3. Auslegung des § 15 GWB am Beispiel von Agenturverträgen

- A. Besonderheiten der Auslegung kartellrechtlicher Normen
 - I. Argumente für eine differenzierende Auslegung
 - II. Einheitslösung
 - 1. Rechtssicherheit

2. "Einheit der Rechtsordnung"

3. Zuständigkeitsregeln für das gerichtliche
Verfahren

III. Schlußfolgerungen für die Auslegung

B. Wortlaut

I. Unternehmen

II. Erstvertrag

1. Vertragsbegriff

2. Vertragsgegenstand

III. Zweitvertrag

1. Handelsvertreter als gebundenes
Unternehmen

a. Zivilrechtlicher Vertragsschluß

b. Abschluß von Zweitverträgen

2. Hersteller als gebundenes Unternehmen

IV. Preisbindung

1. Beschränkung der Freiheit der Gestaltung
von Preisen

2. Einheitliche Vertriebspreise

a. Rechtliche Bindung

b. Wirtschaftliche Bindung

B. Entstehungsgeschichte

I. Generelle Ausnahme

II. Weite Ausnahme

III. Umgehungsgedanke als Abgrenzungskriterium

IV. Vertragstypenorientierte Auslegung

V. Folgen der 2. Kartellrechtsnovelle für die
Auslegung des § 15 GWB

C. Teleologische Auslegung

I. "Absolute Theorie"

II. Immanenztheorie

1. Kritik am Ansatz der Theorie

a. Privatrechtlicher Abgrenzungsmaßstab

b. Zwingende Anknüpfung an handels-
rechtliche Vertragstypen

c. Ergebnis

- 2. Umgehungsverbot
- 3. Einschränkung auf gesetzestypische Verträge
 - a. Festschreibung der Vorstellungen des HGB-Gesetzgebers
 - b. Fehlen einer kartellrechtlichen Legitimation
- 4. Maßgeblichkeit der Risikoverteilung
 - a. Zusammenhang zwischen Risikoverteilung und Weisungsrecht
 - aa. Rechtsformorientierte Betrachtungsweise
 - bb. Schlüssigkeit der Argumentation
 - cc. Isolierte Betrachtung produktbezogener Risiken
 - b. Eignung der Risikoverteilung als kartellrechtlicher Maßstab
- III. Kriterium der Wettbewerbsschädlichkeit
- IV. Ungeschriebener Freistellungstatbestand
- V. Wirtschaftliche Betrachtungsweise
- VI. Zusammenfassung

Teil 4. Eigene Lösung

- A. Schutzzweck des Preisbindungsverbotes
 - I. Gebundene Unternehmen
 - II. Dritte Vertragspartner der Zweitverträge
 - III. Schutz der Wettbewerber
 - IV. Schutz des Wettbewerbs als Institution
- B. Verhältnis der Schutzzwecke zueinander
- C. Normzweckgerechte Abgrenzung
 - I. Kombination der Abgrenzungskriterien der Risiko- und der Funktionsverteilung
 - II. Bestimmung der Funktionsverteilung

III. Verhältnis der Kriterien der Funktions- und
der Risikoverteilung zueinander

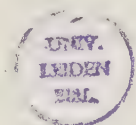
1. Anwendung des Kartellverbots auf zivil-
rechtlich begründete Wettbewerbsverbote
2. Konsequenzen für das Preisbindungsverbot

Teil 5. **Folgerungen für die Behandlung von**
 Vertriebssystemen

- A. Handelsvertreter- und Kommissionsagenturverträge
- B. Vertragshändler- und Franchiseverträge
- C. Ergebnis

ABKÜRZUNGEN

aaO	am angegebenen Ort
a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. E.	am Ende
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BWMin	Bundesminister für Wirtschaft
BReg.	Bundesregierung
BT-Drucks	Drucksachen des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBW	Die Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
ders.	derselbe
EG	Europäische Gemeinschaften
Entw.	Entwurf
ESTG	Einkommensteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof



EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FK	Frankfurter Kommentar zum GWB
Fn./Fußn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
GK	Gemeinschaftskommentar zum GWB
GewO	Gewerbeordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HausTG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i. d. F.	in der Fassung
i. S. d.	im Sinne des/der
IM	Immenga/Mestmäcker
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
MA	Der Markenartikel (Zeitschrift)
MK	Münchener Kommentar zum BGB
MUV	Montanunion-Vertrag
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Rdnr	Randnummer
Reg.-Begr.	Regierungsbegründung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGBL.	Reichsgesetzblatt

RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rspr.	Rechtsprechung
Rz./Rdnr..	Randziffer/Randnummer
s. o.	siehe oben
Tz.	Teilziffer
Überbl.	Überblick
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VO	Verordnung
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E	Entscheidungssammlung zu Wirtschaft und Wettbewerb
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert

Einleitung

Nachdem der Kampf um die Markenartikelpreisbindung Anfang der 70-iger Jahre durch die zweite Kartellgesetznovelle beendet war, hat sich die Diskussion um das Preisbindungsverbot beruhigt. Gegner wie Befürworter der Markenartikelpreisbindung haben sich mit der ersatzweise geschaffenen Möglichkeit unverbindlicher Markenartikelpreiseempfehlungen - wenn auch nicht unter Aufgabe ihrer grundsätzlichen Kritik - abgefunden. Die Gesetzesänderung scheint Klarheit geschaffen zu haben. Grundsätzlich ist die Preisbindung kein zulässiges Instrument zur Gestaltung der Vertriebswege. Weitgehend unumstritten war jedoch, daß Preisweisungen im Rahmen von Handelsvertreter- und Kommissionsagenturverträgen weiterhin zulässig sein sollten. Bis zu Beginn der 80-iger Jahre gingen die Kommentatoren des GWB durchweg davon aus, daß ein handelsrechtliches Preisweisungsrecht nicht durch das Preisbindungsverbot eingeschränkt werde ¹⁾. In der Praxis wurden Preisbindungen auf Basis von Handelsvertreterverträgen weitgehend unbeanstandet ²⁾ fortgesetzt. Zu nennen ist hier beispielsweise der PKW-Vertrieb der Daimler-Benz AG, der in dieser Form schon seit den Zeiten

- 1) So die wichtigsten Kommentare: IM-Emmerich § 15 Rdnr. 24 ff.; Langen § 15 Rdnr. 42; Loewenheim in Loewenheim/Belke § 15 Rdnr. 16; GK-Schwartz § 15 Rdnr. 22; Müller-Gießler-Scholz, § 15 Rdnr. 26; Frankf.-Komm., 1. Aufl., § 15 Tz. 38; v. Gamm, Kartellrecht § 15 Rdnr. 22; Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., 1960, § 15 GWB Rdnr. 16
- 2) Vereinzelt sind allerdings Bedenken - vornehmlich aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht - gegenüber der Handhabung solcher Vertragstypen beim Aufbau von Vertriebsnetzen im Bereich der Mineralölbranche angemeldet worden; Schüller, Ordo 1968, 221 ff., im Ergebnis zustimmend IM-Emmerich § 15 Rdnr. 28: diese Praxis begegne "durchgreifenden Bedenken"

vor Entstehung des GWB organisiert ist und auch heute - nach einer Anpassung an die Erfordernisse des BG-Kartellrechts - überwiegend auf der Grundlage von Handelsvertreterverträgen abgewickelt wird. Bezeichnenderweise scheiterte die Einführung eines ähnlichen Vertriebssystems durch den VW-Konzern nicht am Preisbindungsverbot, sondern wegen eines vom Bundeskartellamt befürchteten Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ³⁾.

Ein Problembewußtsein dafür, daß sich ein Hersteller solcher (privilegierter) handelsrechtlicher Vertriebssysteme bedienen könnte, um das Preisbindungsverbot zu unterlaufen, hat sich auf breiter rechtswissenschaftlicher Ebene erst infolge des langandauernden Rechtsstreits um Vertriebssysteme der Firma Telefunken Fernseh- und Rundfunk GmbH eingestellt. Dieses Unternehmen hat bis zum Jahr 1981 ihre Geräte über Eigenhändler vertrieben. In der Folgezeit stellte die Firma ihr Vertriebssystem dann zweimal um. Zunächst wurden mit 7500 Radioeinzelhändlern Kommissionsagenturverträge abgeschlossen. Die Händler sollten das Gerätesortiment im eigenen Namen, aber für Rechnung von Telefunken verkaufen. Nachdem das BKartA, bestätigt durch das KG ⁴⁾, alle Klauseln untersagt hatte, die die Festsetzung der Endverbraucherpreise durch Telefunken sichern sollten, wurden die monierten Verträge durch ein Agenturvertriebssystem ersetzt. Preisweisungen auf Grundlage dieser

3) Siehe Presseinformation des BKartA, WuW 1973, 745 f.

4) BKartA WuW/E BKartA 1935 ff. - Telefunken I -; KG WuW/E OLG 2819 ff. - Telefunken I -;

Verträge sah der BGH entgegen den Vorinstanzen als zulässig an ⁵⁾.

Anlaß für die einsetzende kartellrechtliche Diskussion war eine Besonderheit der Telefonken-Vertriebssysteme. Im Gegensatz zu den bisher praktizierten Agenturvertriebsvarianten bediente sich Telefonken solcher Händler als Agenten, die neben der Agenturware Konkurrenzartikel anderer Hersteller als Eigenhändler verkauften. Die Handhabung des Vertriebssystems unterschied sich damit - jedenfalls im Geschäftsverkehr nach außen - kaum noch von der Praxis der Markenartikelpreisbindung vor 1973.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, vor dem Hintergrund dieser Entwicklung die Grenze zwischen zulässiger Preisweisung und verbotener Preisbindung im Rahmen von Vertriebssystemen zu ziehen. Die Fragestellung ist auf reine Preisbindungen begrenzt. Die Beschränkung des Konditionenwettbewerbs, die vom Verbot des § 15 GWB ebenfalls erfaßt wird, soll außer Betracht bleiben. Denn diese Frage hat für die Praxis der Vertriebssysteme, namentlich des Markenartikelvertriebs, nur eine geringe praktische Bedeutung ⁶⁾. Das ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß hinsichtlich der Gewährleistungsregeln, dem wichtigsten Bereich des Konditionenwettbewerbs, eine einheitliche Gestaltung der Vertriebsbedingungen durch den Hersteller erfolgen kann, ohne daß er sich

-
- 5) Entscheidungen zu dieser Vertriebsvariante: BKartKA WuW/B BKartA 2125 ff. - Telefonken II -; KG WuW/B OLG 3457 ff. - Telefonken II -; BGH WuW/B BGH 2238 ff.- EH-Partner-Vertrag -
- 6) Vgl. die Einschätzung Ulmers, ZHR 130 (1966), 164, 188; insoweit wird deswegen auf die Arbeiten von Grüneklee, S. 23 ff. und Brühl, S. 100 ff. verwiesen

dazu vertikaler Bindungen bedienen muß. Soweit nämlich der Hersteller den Kunden unmittelbar eine Garantiezusage einräumt - übliche Praxis beim Vertrieb von Markenwaren -, erübrigt sich eine zusätzliche Bindung der Vertriebspartner hinsichtlich des Inhalts der von diesen abzuschließenden Verträge.

Ehe jedoch die eigentlichen kartellrechtlichen Fragen in Angriff genommen werden können, muß in der gebotenen Kürze auf die wettbewerbstheoretische Beurteilung der vertikalen Preisbindung eingegangen werden (Teil 1). Dies ist insbesondere deswegen erforderlich, weil in jüngerer Zeit in der amerikanischen Wettbewerbstheorie die Wettbewerbsschädlichkeit vertikaler Bindungen in Zweifel gezogen wird. Diese geänderte Einstellung in Teilen der Wirtschaftswissenschaften hat sich - wie noch zu zeigen ist - auch auf die rechtliche Beurteilung von Preisbindungssystemen in der deutschen Kartellrechtsliteratur ausgewirkt.

Anschließend werden die vertragsrechtlichen Grundlagen von Vertriebssystemen beleuchtet (Teil 2). Hierauf kann schon deswegen nicht verzichtet werden, weil in der Beurteilung von preisbindenden Verhaltensweisen in Literatur und Rechtssprechung die handelsrechtlichen und zivilrechtlichen Vertragsgestaltungen eine besondere Rolle spielen. Die Auseinandersetzung mit den handelsrechtlichen Problemen berührt mithin schon die Kernfrage der Arbeit nach der Grenze zwischen handelsrechtlich erlaubten und kartellrechtlich verbotenen Festsetzungen der Endabnehmerpreise durch einen Hersteller oder Importeur von Waren ⁷⁾.

7) Aus Vereinfachungsgründen wird in der Folge ausschließlich von Preisbindungen durch die Hersteller gesprochen.

Einleitung

Vor diesem Hintergrund kann dann im Hauptteil der Arbeit (Teile 3 und 4) die kartellrechtliche Untersuchung der aufgeworfenen Frage erfolgen.

Zum Schluß sollen die gewonnenen Ergebnisse auf die unterschiedlichen Vertriebsverträge und -formen angewandt werden (Teil 5).

Teil 1 Preisbindung in der Wettbewerbstheorie

Im Rahmen einer juristischen Arbeit kann die Beurteilung der Preisbindung in der Wettbewerbstheorie nur referiert werden. Im Vordergrund einer rechtlichen Diskussion muß dabei die Frage stehen, ob sich aus der wirtschaftswissenschaftlichen Bewertung Konsequenzen für die juristische Bewältigung preisbindenden Verhaltens ergeben können. Die wettbewerbstheoretische Sicht ist nicht zuletzt deshalb von Bedeutung, weil in der Literatur teilweise für die Auslegung des § 15 GWB an die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften angeknüpft wird.

A. Auswirkungen vertikaler Preisbindungen

Vertikale Preisbindungen erfahren in der Wettbewerbstheorie unterschiedliche Beurteilungen. Diese spiegeln sich in der historischen Entwicklung des Rechts der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen wider.

I. Beurteilung im Wandel

Vertikale Preisbindungen haben sich in Deutschland schon zum Ende des letzten Jahrhunderts beim Vertrieb von Markenwaren ¹⁾, vor allem aber im Buchhandel ²⁾ etabliert. Das Reichsgericht war erstmals 1916 mit dem Problem befaßt ³⁾. Es sah im systematischen Einsatz von Preisbindungen ein angemessenes Mittel zur Verhinderung unlauteren Wettbewerbs.

1) IM-Emmerich § 16 Rdnr. 2

2) Emmerich aaO § 15 Rdnr. 11

3) RGZ 88, 9 - Salem-Gold-Fall -

Die Anfänge des Kartellrechtsnormierung in Deutschland waren geprägt durch eine lockere Mißbrauchsaufsicht gegenüber Kartellen. Mißbilligt wurden also allenfalls Absprachen zwischen Wettbewerbern ⁴⁾. Erstmals in der Zeit ab 1931 wurde dann auch die Möglichkeit zur Einführung vertikaler Preisbindungen gesetzlich eingeschränkt, nämlich im Wege der unten aufgeführten Preisbindungsverordnungen ⁵⁾. Allerdings dienten diese Vorschriften nicht kartellrechtlichen Zwecken. Sie müssen vor dem Hintergrund der Weltwirtschaftskrise von 1929 gesehen werden. Durch Beschränkung und Kontrolle der Preisbindung wollte man inflationären Preisen entgegenwirken. Anlaß dieser eher preispolitischen Maßnahmen ⁶⁾ war jedoch die Befürchtung, daß vertikale Preisbindungen zu überhöhten - kartellrechtlich ausgedrückt nicht wettbewerbsgerechten - Preisen führen könnten ⁷⁾, ein Argument, dem auch in der wettbewerbstheoretischen Diskussion entscheidende Bedeutung zukommt.

In der Zeit nach dem 2. Weltkrieg erließen die Alliierten Dekartellierungsgesetze (1947). War schon umstritten, ob diese Vorschriften vertikale Preisbindungen erfaßten, so schritten die Dekartellierungsbehörden in der Praxis zumindest nicht gegen solche Verhaltensweisen ein ⁸⁾. Die Alliierten verzichteten

4) Vgl. Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung vom 2. 11. 1923 (RGBl. I 1067 ff., 1090)

5) MarkenwareVO vom 16. 1. 1931 (RGBl. I 12): Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindung war hiernach von einer 10 %igen Senkung der Verbraucherpreise abhängig; "VO über Preisbindungen und gegen Verteuerung der Bedarfsdeckung" vom 12. 11./11. 12. 1934 (RGBl. I 1110, 1248); "VO über die Anmeldepflicht von Preisbindungen" vom 19. 11./ 11. 12. 1934 (RGBl. I 1249); "VO über Preisbindungen und Preisempfehlungen bei Markenartikeln" vom 27. 10. 1937 (RGBl. I 139)

6) Vgl. GK-Schwartz, § 16 Rdnr. 3; IM-Emmerich, § 16 Rdnr. 3

7) Emmerich, aaO

8) GK-Schwartz, § 15 Rdnr. 6 f.;

in den sog. "Willner-Briefen" schließlich ausdrücklich auf die kartellrechtliche Sanktionierung vertikaler Preisbindungen beim Vertrieb von Markenartikeln⁹⁾ und Druckerzeugnissen¹⁰⁾.

Die Beratungen zum GWB waren gekennzeichnet durch eine unterschiedliche Beurteilung vertikaler Preisbindungen¹¹⁾. Ergebnis war zwar die Einführung eines per-se-Verbots (§ 10 d. Entw., heute § 15 GWB). Anknüpfend an die Praxis der Dekartellierungsbehörden wurden hiervon jedoch Markenartikel- und Buchpreisbindungen ausgenommen. Diese sollten nur in Ausnahmefällen einer Mißbrauchsaufsicht unterliegen (§§ 11, 12 Entw.). Die Regierung sah die schädlichen Auswirkungen von Preisbindungen beim Vertrieb solcher Waren als gering an. Nachteilige Folgen könnten im Hinblick auf die als legitim angesehenen Interessen der Markenartikelhersteller, auf die Endverbraucherpreise Einfluß zu nehmen, vernachlässigt werden¹²⁾.

In den folgenden Jahren nahm die Kritik an dieser Regelung jedoch zu¹³⁾. Während man sich in der ersten Kartellgesetznovelle 1965 noch mit der Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht begnügte^{13a)}, wur-

-
- 9) Brief vom 18. 11. 1952, abgedruckt in WuW/E All. 35
 - 10) Brief vom 6. 1. 1953, abgedruckt in WuW/E All. 37
 - 11) Hauptexponenten in diesem Streit waren Böhm (vgl. die Zusammenfassung seiner Argumente in Ordo 1963, 197) und Meyer (Ordo 1954, 133)
 - 12) Vgl. insbesondere die amtliche Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 11/1158, Anlage 1 S. 36 zu § 11 Anm 1 a
 - 13) Zusammenfassung der wesentlichen Argumente im Kartellbericht der Bundesregierung vom 22. August 1962, BT-Drucks. IV/617, S. 21 ff sowie im dort angefügten Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi, S. 88 ff.
 - 13a) BGBl. 1965 I 1363 f.

de mit der zweiten 1973 ^{13b)} die Möglichkeit der Preisbindung für Markenartikel abgeschafft. Gestützt wurde die Gesetzesänderung auf Gesichtspunkte des Verbraucherschutzes sowie auf konjunktur- und stabilitätspolitische Gründe. Die "wettbewerbliche Preisbildung" müsse daher gefördert werden ¹⁴⁾.

Beeinflusst von der neueren amerikanischen Wettbewerbstheorie und -praxis wird in jüngster Zeit die Wettbewerbsschädlichkeit vertikaler Preisbindungen bezweifelt ¹⁵⁾. Die Vorschrift des § 15 GWB fördere im Zusammenwirken mit dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB die oft beanstandete Konzentration im Handel ¹⁶⁾. Die Entstehung neuer Vertriebsformen werde verhindert ¹⁷⁾. Nach dieser Auffassung sollte das strikte Preisbindungsverbot großzügiger gehandhabt werden, wenn nicht sogar aufgegeben werden ¹⁸⁾.

Schon die historische Entwicklung des Rechts vertikaler Preisbindungen ist geprägt durch unterschiedliche Beurteilungen. Bei aller gebotenen Vorsicht lassen sich möglicherweise gewisse Tendenzen erkennen. So scheint sich in Zeiten ungünstiger Wirtschaftslage eher eine Argumentation durchzusetzen, die die volkswirtschaftlichen Nachteile der Preis-

13b) BGBl. 1973 I 917

14) Siehe Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 7/765 zu §§ 16 und 17, S. 4

15) Sölter, Der Januskopf des Preiswettbewerbs, S. 21 f.; Möschel, BB 1985, 1477 ff.

16) Sölter, aaO insbes. S. 18; siehe hierzu auch die Befragung der WuW-Redaktion, WuW 1985, 845 ff.

17) Möschel, aaO S. 1481, kritisch gegenüber diesem Argument Sölter, aaO S. 19 ff.

18) Möschel, aaO S. 1483

bindung hervorhebt, also etwa die inflatorischen Effekte einer Preisbindung (z. B. zur Zeit der Weltwirtschaftskrise, der Beendigung des "Wirtschaftswunders" Anfang der 70-iger Jahre). Bei günstigem Wirtschaftsverlauf rücken zunehmend betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte in den Vordergrund der Diskussion. Folge ist dann jeweils eine eher positive Einschätzung, die auf die höhere Effizienz straff durchorganisierter vertikaler Vertriebssysteme abstellt (z. B. zu Beginn des wirtschaftlichen Aufschwungs Ende der 50-iger Jahre, neuer wirtschaftlicher Aufschwung in den USA Anfang der 80-iger Jahre). Damit einen solchen Zusammenhang für erwiesen zu halten, ginge jedoch zu weit. Allerdings scheint aufgrund der Schwankungen in der wettbewerbstheoretischen Diskussion Skepsis gegenüber solchen Auffassungen angebracht zu sein, die einseitig nur die Vorzüge oder Nachteile vertikaler Preisbindungen hervorheben.

II. Nachteile der Preisbindung der zweiten Hand

Die Nachteile der Preisbindung der zweiten Hand sind vor allem im Kampf um die Markenartikelpreisbindung erörtert worden ¹⁹⁾. Die Vertreter der Wettbewerbstheorie, die einer Preisbindungsmöglichkeit ablehnend gegenüberstehen, argumentieren in erster Linie damit, daß die Preisbindung tendenziell zu überhöhten Preisen führe. Unter solchen Wettbewerbsbe-

19) Vgl. den Überblick über den Meinungsstand bei Sandrock Grundbegriffe, S. 407 ff. mit weiteren Nachw. der Gegner der Markenartikelpreisbindung in Fußn. 22, 23, 24, 24 a und der Befürworter in Fußn. 36; eine gute Übersicht der wesentlichen Argumente enthält der Bericht der Bundesregierung über Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Bundestagsdrucksache 2886 der 4. Wahlperiode, BT-Drucks. IV/617, S. 21 ff.

schränkungen leide die Preiselastizität ²⁰⁾. Die Festsetzung der Endverbraucherpreise auf der Herstellerebene führe dazu, daß eine Anpassung der Preise an veränderte Marktbedingungen nur mit Verzögerungen erfolgen könne. Insbesondere Markenartikelhersteller, die darauf bedacht sein müßten, flächendeckend und zu stabilen Preisen ihre Produkte zu vertreiben, seien gezwungen, ein möglichst hohes Preisniveau zu halten ²¹⁾.

Preistreibende Wirkung könnten Preisbindungssysteme aber auch auf der Handelsebene entfalten. Denn die Hersteller müßten bei ihrer Preissetzung genügend Spielraum zum Auffangen von Kostensteigerungen ihrer Handelspartner einkalkulieren. Dabei müßten sie sich am schwächsten Vertriebspartner orientieren ²²⁾. Außerdem stelle sich auf der Handelsebene statt des erlöschenden Preiswettbewerbs gegenüber den Kunden ein Rabattwettbewerb der Hersteller um die Handelsunternehmen ein. Dieser Spannenwettbewerb wirke sich wiederum zu Lasten der Abnehmerpreise aus. Um ein zu starkes Ansteigen der Endabnehmerpreise zu verhindern, müßten die Hersteller zudem bestrebt sein, den Wettbewerb untereinander zu beschränken. Nur so könnten sie dem Druck der Händler zur Erhöhung der Spannen wirkungsvoll begegnen. Preisbindungssysteme förderten damit aber auch tendenziell Wettbewerbsbeschränkungen auf der Herstellerstufe ²³⁾. Gerade wegen dieses Umstandes wirkten vertikale Preisbindungen, die sich auf eine ganze Branche erstreckten, wie eine horizontale Preisabsprache der Hersteller

20) Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. IV/617, S. 24

21) Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. IV/617, S. 26

22) Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. IV/617, S. 26

23) Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. IV/617, S. 25

untereinander ^{23a)}. Eine Preisbindung erweise sich zudem häufig als Einstieg für weitere vertikale Wettbewerbsbeschränkungen ^{23b)} (z. B. Ausschlussklauseln, Kundendienstverpflichtungen, Sortimentsauflagen, Lieferverbote). Wettbewerbsrechtlich nicht erwünschte Folge der Tendenz zur überhöhten Preisbildung sei darüber hinaus, daß unrentabel arbeitenden Handelsunternehmen durch gesicherte, wettbewerbslich nicht gerechtfertigte Handelsspannen, die Teilnahme am Warenverkehr weiter ermöglicht werde. Die Preisbindung behindere mithin den bezweckten Ausleseprozeß im Wettbewerb auf der Handelsstufe ²⁴⁾. Während diese nachteiligen Wirkungen vertikaler Preisbindungen in den 60-iger Jahren auch von den Befürwortern einer Markenartikelpreisbindung nicht bestritten wurden ²⁵⁾, greift eine neuere amerikanische Auffassung diese These an. Von den Vertretern der sog. "Chicago School" ²⁶⁾ wird zwar nicht bezweifelt, daß durch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen der intra-brand-Wettbewerb ausgeschaltet wird, also der Preiswettbewerb hinsichtlich der Produkte des preisbindenden Herstellers. Dies habe jedoch keine nachteiligen Wirkungen für den Wettbewerb, solange eine wirksame Konkurrenz zu ähnlichen Produkten anderer Hersteller gewährleistet sei, also

-
- 23a) Siehe vor allem Eckstein, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 209 ff., 244
23b) Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. IV/617, S. 25
24) Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. IV/617, S. 27
25) Sie hielten vielmehr im Bereich des Markenartikelvertriebs wegen der Besonderheit dieser Waren eine Preisbindung für legitim; vgl. zum Kampf um die Markenpreisartikelpreisbindung insbesondere IM-Emmerich, § 16 Rndr. 2 ff.
26) Baxter in: Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen, S. 6; M. Schwartz in, Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen, S. 24 ff.

der inter-brand-Wettbewerb funktionierte. Ein Hersteller müsse aus diesem Grund nämlich auf die Effizienz seines Vertriebssystems bedacht sein. Er könne es sich nicht leisten, eine uneffiziente Absatzorganisation mittels - im Vergleich zu Produkten der Konkurrenzhersteller - überhöhter Preise am Leben zu erhalten. Diese Auffassung, die sehr optimistisch den Selbstheilungskräften des Wettbewerbs vertraut, steht jedoch im Gegensatz zu den praktischen Erfahrungen mit den Auswirkungen der Markenartikelpreisbindung auf den Wettbewerb. Überall dort, wo dieses Instrument beseitigt worden ist, hat sich nämlich gezeigt, daß in der Folge die Preise für Markenwaren auf breiter Ebene gesunken sind ²⁷⁾. Im Gegensatz zu den modellhaften Vorstellungen der Chicago School, die davon ausgeht, daß regelmäßig nur einzelne Hersteller einer Branche Preisbindungssysteme einführen, war dies bis zur Abschaffung der Markenpreisbindung 1973 für einzelne Branchen die Regel ²⁸⁾. Ein Grund für diese, von der praktischen

27) I. Schmidt, Die Chicago School, S. 89

28) Aus deutscher Sicht: I. Schmidt, Die Chicago School, S. 89; zu ähnlichen Erfahrungen auch im Ausland vgl. Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. IV/617, S. 25; auch heute wird in einigen Branchen von vielen Herstellern versucht, mittels Ersatzstrategien (Preisempfehlungen gekoppelt mit Vertriebsbindungen) auf die Höhe der Endverbraucherpreise einzuwirken. Auffallend ist insofern der rapide Anstieg der Vertriebsbindungen nach Abschaffung der Markenpreisbindung (Vgl. Ahlert, S. 24 f.). Die These, daß auch heute noch ganze Branchen versuchen, vertikal die Preisbildung zu beeinflussen, läßt sich am Beispiel der KFZ-Industrie belegen: Während Daimler-Benz seine Preise mittels handelsrechtlichen Weisungsrechts gegenüber seinen als Agenten und Kommissionsagenten auftretenden Händlern durchsetzt, werden von den anderen Herstellern die Einhaltung der (unverbindlichen) Listenpreise systematisch durch Testkäufe, mit denen ein Verstoß gegen das Rabattgesetz festgestellt werden soll, überprüft und vermeintliche Verstöße gerichtlich verfolgt (anschaulich, mit einer

Erfahrung abweichenden Vorstellungen der Chicago School ist möglicherweise auch darin zu finden, daß deren Vertreter in den Vordergrund ihrer Überlegungen die Interessen der Hersteller an einem möglichst effizienten Vertriebssystem stellen ²⁹⁾. Diese Betrachtungsweise vernachlässigt aber tendenziell die insofern gegenläufigen Interessen des Handels, insbesondere die der Fachhändler, durch die Preisbindung die Billigkonkurrenz der großen Discounter abzuwenden ³⁰⁾. Preisbindungssysteme, die einer solchen Motivlage entspringen, haben jedoch offensichtlich höhere Preise zur Folge, die ohne eine Beschränkung der Preissetzungsbefugnis der Händler nicht zu erzielen wären. Denn Ziel solcher Preisbindungen ist es gerade, Anbieter auf der Handelsstufe auszuschalten, die den Wettbewerb über den Preis führen wollen, nicht aber über sonstige Leistungen, wie etwa Beratung, Gerätevorführung, Kundendienst

Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen belegt, ist diese systemtische Überprüfung der Preisbildung im Neuwagenhandel dargestellt bei Heckelmann/Langheid, WRP 1983, 475 ff., siehe dazu auch die grundlegende Entscheidung BGH NJW 1985, 2950 f.). Besonders hervorzuheben hat sich hierbei der V. A. G. Händlerbeirat sowie die eigens zu diesem Zweck gegründete Zentralvereinigung des KFZ-Gewerbes zur Aufrechterhaltung des lautereren Wettbewerbs e. V., der sich nahezu alle Fabrikate, die auf dem deutschen Markt vertreten sind, angeschlossen haben (Heckelmann/Langheid, aaO). Der BGH (NJW 1987, 954 ff.) hat in diesem gezielten, bundesweiten Vorgehen allerdings keinen Verstoß gegen § 15 GWB gesehen. Die Vorschrift schütze nämlich nur lautereren Wettbewerb. Ein Unternehmen, daß gegen das RabattG verstoße, könne sich daher nicht auf das Kartellrecht berufen.

29) Kritisch daher I. Schmidt, Die Chicago School, S. 89

30) Kritisch deswegen auch BKartA, Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 6. u. 7. Oktober 1986, S. 7 f.

usw., also über typische Fachhandelsleistungen³¹⁾.

III. Rechtfertigung der Preisbindung

Die so hervorgerufene Erhöhung des Preisniveaus, eine Folge vertikaler Preisbindungen, die auch die Vertreter der Chicago School nicht übersehen, erscheint diesen jedoch aus folgendem Grund gerechtfertigt³²⁾: Sie weisen darauf hin, der Markterfolg eines Produktes hänge häufig davon ab, daß die genannten Fachhandelsleistungen beim Verkauf erbracht würden. Insbesondere beim Vertrieb technologisch komplexer Güter erwarte nämlich der Kunde eine entsprechende Anleitung und Beratung durch qualifiziertes Personal. Durch die Preisbindung werde gesichert, daß der Händlerwettbewerb sich auf die Erbringung solcher Leistungen konzentriere. Vor allem werde so das sog. "free-rider-Problem" gelöst³³⁾. Denn durch einheitliche Preise für das Produkt eines Herstellers werde verhindert, daß die Käufer sich bei einem servicefreundlichen Handelsunternehmen beraten ließen, die Ware aber anschließend bei einem Händler kauften, der diese Servicekosten einspare und daher den Kunden günstigere Preise anbieten kön-

-
- 31) Ein plastisches Beispiel für eine solche Interessenlage geben die umfangreichen tatsächlichen Feststellungen des EuGH in seiner AEG/Telefunken-Entscheidung ab (WuW/E (WuW/E EWG/MUV 600 ff.): Hiernach kam es Telefunken darauf an, durch seine "Hochpreispolitik" Billiganbieter aus dem Vertrieb von Telefunkenwaren auszuschließen
 - 32) Baxter in, Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen, S. 4
 - 33) So Baxter in, Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen, S. 4, M. Schwartz in, Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen, S. 51 f.; zu dieser Argumentation vgl. insbesondere Kapp, S. 49 ff.

ne. Die Chicago School sieht hierin ein Marktversagen, daß darauf beruhe, daß solche verkaufsfördernden Maßnahmen regelmäßig nicht gesondert in Rechnung gestellt werden könnten ³⁴⁾ und es deswegen den free-rider-Unternehmen gelinge, geldwerte Leistungen der Konkurrenzunternehmen für ihre Zwecke "auszubeuten" ³⁵⁾. Gegen diese Rechtfertigung von Preisbindungen, die allenfalls beim Vertrieb hochwertiger Produkte tragfähig ist ³⁶⁾, ergeben sich jedoch aus mehreren Gründen Bedenken. Denn danach werden dem Verbraucher Service- und Beratungsleistungen aufgedrängt, die er selbst nicht zu bezahlen bereit ist. Andernfalls gäbe es kein free-rider-Problem. Durch die Beschränkung des intra-brand-Wettbewerbs soll er davor geschützt werden, den kurzfristigen und vorübergründigen Vorteil eines günstigeren Preises anstelle der langfristigen Erhaltung eines Beratungsangebots zu wählen. Auffallend ist, daß die Vertreter der Chicago School hier nicht auf die "heilende Wirkung" des Wettbewerbs vertrauen, sondern zum Schutz des "dummen" Verbrauchers Beschränkungen des Wettbewerbsparameters Preis hinnehmen wollen. Das birgt aber die Gefahr in sich, daß an die Stelle des Preiswettbewerbs ein übermäßig intensiver und damit ineffizienter - das will gerade die Chicago School verhindern - Nichtpreiswettbewerb tritt ³⁷⁾. Das BKartA stellt daher zu Recht die Frage, ob das Trittbrettfahrerproblem die völlige Ausschaltung des intra-brand-Preiswettbewerbs erfordert ³⁸⁾. Eine

34) Dazu Kapp, S. 58 ff.

35) Baxter in, Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen, S. 4

36) Kapp, S. 54

37) Vgl. Thiesing/Schmidt, DBW 1983, 369, 373

38) BKartA, Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 6. u. 7. Oktober 1986, S. 6 f.

sachgerechtere Lösung des Problem - jedenfalls nach deutschem Recht - erscheint vielmehr dadurch möglich, daß man es den Herstellern gestattet, die Belieferung der Handelsunternehmen von bestimmten qualitativen Anforderungen abhängig zu machen (§ 26 Abs. 2 GWB) ³⁹⁾. Die Zulassung solcher selektiver Vertriebssysteme kann den spezifischen Anforderungen, die die jeweils zu vertreibenden Waren an Verkaufsförderungsmaßnahmen stellen, besser gerecht werden als die vertikale Preisbindung. Denn die sachliche Rechtfertigung von Qualifikationsanforderungen kann gerade den individuellen Unterschieden der zu vertreibenden Produkte folgen. Ob das free-rider-Problem eine Preisbindung als wettbewerbstheoretische zulässig erscheinen lassen kann, ist daher zweifelhaft.

IV. Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß vertikale Preisbindungen sich unstreitig dann als wettbewerbs-schädlich erweisen, wenn sie von einem Monopolisten oder auch der Überzahl der Hersteller einer ganzen Branche praktiziert werden. Streit über die Beurteilung besteht nur in der Frage, ob allein die Preisbindung eines einzelnen Herstellers für sich betrachtet Nachteile für den Wettbewerb bewirken kann. Folgt man der Auffassung der Chicago School, die davon ausgeht, daß der fortbestehende inter-brand-Wettbewerb es auf Dauer einem Hersteller nicht ermöglichen, ein ineffizientes Vertriebssystem auf-

39) Kapp, S. 56 f. hält auf Basis des amerikanischen Kartellrechts, dem ein Diskriminierungsverbot wie in § 26 Abs. 2 GWB fremd ist, Vertriebsbindungen für das geeignete Mittel zur Bekämpfung des free-riding.

rechtzuerhalten, wird man diese Frage eher verneinen. Selbst Vertreter dieser Auffassung halten es jedoch für möglich, daß ein Hersteller mit "dem verhältnismäßig klobigen Instrument der Preisbindung" auch ineffiziente Händler begünstigen könne. Bei einer gewissen Verbreitung von Preisbindungen kann es daher lange Zeit dauern, ehe sich die effizienten Vertriebssysteme durchsetzen, ehe also die Festsetzung nicht marktgerechter Preise ein Ende hätte ⁴⁰⁾. Die Bedenken der Bundesregierung in ihrem Bericht zur Änderung des GWB ⁴¹⁾ sind damit aber noch nicht aus dem Wege geräumt ⁴²⁾. Gegenüber einer generellen, einseitig positiven wie auch negativen Beurteilung der Preisbindung ist nach alledem Skepsis angebracht. Die Praxis hat gezeigt, daß die Preisbindung zu überhöhten Preisen führen kann. Dies spricht möglicherweise dafür, daß die Hersteller nicht so rational die Verwirklichung eines effizienten Vertriebssystems anstreben, wie es die Chicago School unterstellt. Sicherlich behindert das schwerfällige Instrument der zentralen Steuerung der Endverbraucherpreise deren schnelle Anpassung an die jeweiligen Marktbedingungen, die örtlich unter-

40) Vgl. Möschel, BB 1985, 1477, 1483

41) Vgl. oben FuRn. 19

42) Ebenso streng ist wohl noch die Beurteilung von Preisbindung im amerikanischen Kartellrecht: vgl. dazu Dreher, DB 1986, 93, 95 u. Kapp, RIW 1985, 677, 680. Der EuGH geht hinsichtlich der Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen mehr und mehr zu einer Abwägung positiver und negativer Wettbewerbswirkungen über, vgl. hierzu die Darstellung der Entwicklung des Europäischen Rechts bei Ulmer, RIW 1985, 517 ff., 522. Der Gerichtshof hat in seiner AEG/Telefunken-Entscheidung (WuW/E EWG/MUV 600, 603) ausdrücklich die Erhaltung eines bestimmten Preisniveaus beim Vertrieb hochwertiger, technisch hochentwickelter Produkte als legitim angesehen, wobei er es allerdings als unzulässig ansieht, wenn der Hersteller versucht, den Handelsunternehmen bestimmte Preise vorzuschreiben (EuGH aaO S. 607)

schiedlich sein können.

B. Wettbewerbstheorie und Kartellrecht

Aus juristischer Sicht von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob angesichts der Ergebnisse der wettbewerbstheoretischen Beurteilung die kartellrechtliche Behandlung der Preisbindung angemessen ist. Das deutsche Kartellrecht begegnet Preisbindungen mit dem strengen per-se-Verbot des § 15 GWB. Diese Vorschrift greift ein, ohne daß es darauf ankommt, ob sich Preisbindungen tatsächlich schädlich auf den Wettbewerb auswirken oder ob Preisbindungsverträge zumindest geeignet sind (vgl. § 18 GWB), entsprechende Wirkungen hervorzurufen (vgl. § 1 GWB). Fikentscher bezeichnet die Preisbindung i. S. d. § 15 GWB deshalb auch als "formale Wettbewerbsbeschränkung" im Gegensatz zur "materiellen", die zumindest die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung voraussetze⁴³⁾. Eine derartige strenge Regelung, die die Wettbewerbsschädlichkeit von Preisbindungen nach Art eines Gefährdungstatbestandes per se unterstellt, ist wettbewerbstheoretisch nur zu rechtfertigen, wenn man mit einem Teil der dargestellten wirtschaftswissenschaftlichen Literatur davon ausgeht, daß Preisbindungen sich regelmäßig nachteilig auf den inter-brand-Wettbewerb auswirken und auch den intra-brand-Wettbewerb als schützenswert ansieht. Folgt man in der wettbewerbstheoretischen Beurteilung eher der Chicago School, so ist die angemessene Regelung eher eine Mißbrauchsvorschrift nach Art des § 18 GWB, selbst auf die Gefahr hin, daß eine solche Miß-

43) Fikentscher, FS Hueck S. 543, 553

brauchsaufsicht, wie die Praxis des § 18 GWB zeigt, leerläuft. Da die wettbewerbstheoretischen Bedenken gegen vertikale Preisbindungen vor allem angesichts der Erfahrungen im Zusammenhang mit der Abschaffung der Markenartikelpreisbindung nicht vollständig beseitigt werden konnten, erscheint im jetzigen Zeitpunkt die Vorschrift des Preisbindungsverbots weiterhin eine wettbewerbstheoretisch vertretbare Regelung zu sein. Bedenken ergeben sich jedoch insoweit, als § 15 GWB selbst dann eingreift, wenn nur ein Händler in seiner Preisbestaltungsfreiheit eingeschränkt ist. Denn hier ist mangels gleichartiger Bindungen aller Händler, die von einem Hersteller beliefert werden, nicht einmal der intra-brand-Wettbewerb tangiert.

Aus wettbewerbstheoretischer Sicht fragwürdig ist der Weg, den der BGH bei der Behandlung von Preisbindungssystemen in seiner schon erwähnten Telefunken-Entscheidung gehen will ⁴⁴⁾. Soweit der Hersteller bestimmte Vertriebsrisiken übernimmt, hält das Gericht Preisbindungen aufgrund handels- und zivilrechtlicher Weisungsrechte für zulässig. Eine Grenze sei allerdings auch für solche Vertriebssysteme erreicht, wenn der Hersteller Normadressat des § 26 Abs. 2 GWB sei und seine Absatzmittler entsprechend dieser Vorschrift diskriminierend behandle.

Die konsequente Anwendung des Diskriminierungsverbotes nach Maßgabe der Telefunken-Entscheidung des BGH könnte jedoch hier, wie im folgenden aufzuzeigen ist, eine unerwünschte Eigendynamik entfalten und

44) BGH WuW/E BGH 2238, 2246 - HH-Partner-Vertrag

selbst zu Wettbewerbsverzerrungen führen, die mit der Zielsetzung des GWB unvereinbar sind.

Solange nämlich nur wenige Hersteller von dieser Preisbindungsmöglichkeit Gebrauch machen, könnten solche Systeme etabliert werden.

Der BGH hebt zwar hervor, ein Interesse daran, "durch den Vertrieb über Handelsvertreter dem Preisbindungsverbot des § 15 GWB zu entgehen", könne nicht als berechtigtes Interesse i.S.d. § 26 Abs. 2 GWB angesehen werden.

Bei den hier vornehmlich interessierenden Markenartikelvertriebssystemen wird jedoch häufig nur eine sog. "Spitzengruppenabhängigkeit" bestehen. Marktmächtig i.S.d. § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB sind Hersteller in diesem Fall aber erst dann, wenn die Händler innerhalb einer Gruppe von konkurrierenden Markenartikelherstellern des gleichen oder ähnlicher Produkte keine hinreichenden Ausweichmöglichkeiten zwischen Vertriebssystemen mit und ohne Preisbindung mehr finden ⁴⁵⁾. Bei der Einführung der ersten "Preisbindungssysteme" werden dann aber regelmäßig hinreichende Ausweichmöglichkeiten noch bestehen, wird das Diskriminierungsverbot mithin nicht eingreifen können. Den "Nachzüglern" dagegen wird der Aufbau eines entsprechenden Vertriebssystems im Hinblick auf § 26 Abs. 2 GWB verwehrt. Das begünstigt die Hersteller, die Vorreiter solcher Entwicklungen sind ⁴⁶⁾. Entgegen der Zielsetzung des Kartellrechts werden diese Unternehmen einseitig zu Lasten ihrer Konkurrenten bevorzugt. Von derartigen Wettbewerbsverzerrungen werden zudem typischerweise häufiger

45) Vgl. nur IM-Markert, § 26 GWB Rdnr. 120 ff. mit weiteren Nachw.

46) Markert, BB 1986, 1390, 1392

finanzstarke Unternehmen profitieren. Denn diese werden eher in der Lage sein, die mit der Umstellung auf ein Agenturvertriebssystem verbundenen Kosten und finanziellen Lasten zu übernehmen.

Teil 2 Zivilrechtliche Ausgestaltung von Vertriebssystemen

Vor einer kartellrechtlichen Beurteilung von Preisbindungen im Rahmen von Vertriebssystemen ist es angebracht, zunächst auf die zivil- bzw. handelsrechtliche Organisation der unterschiedlichen in Betracht kommenden Absatzsysteme einzugehen. Denn § 15 GWB knüpft mit seiner Nichtigkeitssanktion an einen Vertrag zwischen Preisbinder und -gebundenem an, in dem Preise für Verträge mit Dritten festgelegt werden. Zumindest nach dem Wortlaut ist also das Zivilrecht Gegenstand der kartellrechtlichen Prüfung. Diese kann nur auf einer gesicherten zivilrechtlichen Basis erfolgen.

Auch der für die Organisation eines Vertriebssystems gewählte handelsrechtliche Vertragstyp kann Bedeutung für das Verbot der Preisbindung der 2. Hand erlangen. Es sei hier nur darauf hingewiesen, daß das HGB im Rahmen von Agentur- und Kommissionsverhältnissen umfangreiche Weisungsrechte zugunsten des jeweiligen Geschäftsherrn vorsieht. Hiervon könnten auch preisrelevante Weisungen gedeckt sein, so daß auf derartigen Vertragstypen aufgebaute Vertriebssysteme kartellrechtlich privilegiert sein könnten. Darauf deutet schon die Entstehungsgeschichte des Preisbindungsverbots. Nach der Gesetzesbegründung zu § 10 Entw. z. GWB (§ 15 GWB heutiger Fassung) sollten Handelsvertreterverträge nämlich grundsätzlich nicht von der Norm erfaßt werden¹⁾.

1) Reg.-Bgr., BT-Drucks. II/1158 Anlage 1, S. 35

Gleichwohl soll die Aufarbeitung der zivilrechtlichen Grundlagen nicht schon das Ergebnis der kartellrechtlichen Untersuchung vorwegnehmen. Gegen eine zu sehr zivilrechtsorientierte Auslegung des Kartellrechts spricht schon ein Vergleich unterschiedlicher Vertragsgestaltungen. Ließe sich nämlich feststellen, daß juristisch unterschiedlich konstruierte Vertriebssysteme im Hinblick auf die Zielsetzung ihrer Verwender austauschbar wären, erschienen wirtschaftlich betrachtet die verschiedenen Vertragstypen wenig geeignet, unterschiedliche Reichweiten des Preisbindungsverbots zu bestimmen. Denn Sinn des Kartellrechts ist es nicht, die Wahlmöglichkeiten hinsichtlich bestimmter Vertragstypen zu beschränken. Vielmehr sollen die von den Verträgen ausgehenden Beschränkungen des Wettbewerbs sanktioniert werden. Es ist also in erster Linie auf die Wirkung der zu prüfenden Verträge auf den Wettbewerb abzustellen. Erweisen sich aber unterschiedliche Vertriebsverträge wirtschaftlich weitgehend als austauschbar, so deutete dies auch darauf hin, daß die von den Verträgen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen unabhängig von der gewählten Rechtsform des jeweiligen Vertriebssystems eintreten könnten. Anders gewendet, es bestände die Gefahr, daß das Kartellrecht durch kautelarjuristische Vertragsgestaltung unterlaufen werden könnte ²⁾.

A. Wirtschaftlicher Hintergrund

Die unterschiedlichen Ausgestaltungen von Vertriebssystemen sind nur Mittel, bestimmte wirtschaftliche

2) Siehe Niederleithinger, Die zivilrechtliche Herausforderung

Zwecke beim Warenabsatz zu erreichen. Zunächst muß deshalb der wirtschaftliche Hintergrund solcher Systeme umrissen werden, ehe im einzelnen die zugrundeliegenden Vertragstypen erörtert werden können. Es stellt sich danach zunächst die Frage, welche Gesichtspunkte und Interessen den Aufbau einer Absatzorganisation bestimmen.

Gleichzeitig bietet sich hierbei die Chance, Vertriebsformen auszusondern, die für die Frage der umstrittenen Reichweite des § 15 GWB keine oder keine weiterführende Bedeutung haben.

I. Herstellerinteressen

In der betriebswirtschaftlichen Literatur ³⁾ wird der Organisation des Warenabsatzes für den Erfolg eines Produkts am Markt große Bedeutung zugemessen. Dies geht teilweise soweit, daß der gesamte Betriebsprozeß eines Unternehmens den Erfordernissen des Marketings unterstellt werden soll. Unter Marketing wird dabei zunehmend ein umfassendes, absatzorientiertes Führungskonzept verstanden ⁴⁾. Ohne die Frage beantworten zu wollen, ob dem Marketing für die gesamte Unternehmensführung eine solch überraschende, dominante Rolle zukommt ⁵⁾, so läßt sich doch aus betriebswissenschaftlicher Sicht zumindest der folgende Schluß ziehen: Ein Hersteller kann sich nicht nur darauf beschränken, bei günstiger Kosten-

3) Siehe nur Wöhe, Einführung, S. 532 ff. m. w. Nachw.

4) Meffert, Marketing, S. 35; Tietz, Marketing, S. 1; Bidlingmeier, Marketing, S. 15

5) Kritisch insoweit Hax, S. 17; Wöhe, aaO S. 534 f.

belastung qualitativ hochwertige Produkte herzustellen. Er hat sein Augenmerk auch auf den Absatz der von ihm hergestellten Güter zu richten. So muß der Hersteller sich immer dann die Möglichkeit zur Beeinflussung des Warenvertriebs sichern, wenn die Warenabnehmer zusätzliche Vertriebsleistungen erwarten (z. B. Garantie-, Reperaturservice, Haltung eines Ersatzteillagers) ⁶⁾. Weiterhin muß gewährleistet sein, daß die Qualität seiner Produkte im Vergleich zu Konkurrenzwaren dem Verbraucher oder Abnehmer zu Bewußtsein kommt. Dies erfolgt neben anderen Maßnahmen (z. B. Werbung, Art der Verpackung) durch die Organisation des Vertriebs. Über den Weg des Warenabsatzes muß der Konsument vor allem über die gute Beschaffenheit der Ware informiert werden. Insbesondere komplizierte und technisch hochwertige Produkte erfordern eine sach- und fachgerechte Beratung durch Händler oder sonstige Absatzmittler ⁷⁾.

In der Regel kann diese Information sich jedoch nur

6) Aufschlußreich insoweit BGHZ 81, 322, 333 - Original-VW-Ersatzteile II -: *"Die Teilnahme eines Kraftfahrzeugherstellers am Wettbewerb erschöpft sich nicht im Verkauf von Neuwagen, sondern muß in besonderem Maße der Tatsache Rechnung tragen, daß die technisch komplizierten Kraftwagen während der verhältnismäßig langen Dauer ihres Gebrauchs ständiger Abnutzung unterliegen und auch für Schäden anfällig sind. . . . Die Tauglichkeit eines Kraftwagens zu dem vorausgesetzten Gebrauch hängt daher zu einem erheblichen Teil davon ab, daß für Wartung, regelmäßige Überprüfung und gegebenenfalls Reparatur ein auf das jeweilige Fahrzeug zugeschnittener Kunden- und Ersatzteildienst besteht. Für den Entschluß zum Kauf eines Kraftwagens ist unter diesen Umständen in erheblichem Maße mitbestimmend, ob für das zur Wahl stehende Fabrikat ein Kundendienst vorhanden ist, wie zuverlässig er arbeitet und wie dicht sein Netz geknüpft ist."* Kritisch zur hierauf basierenden Interessenabwägung des BGH im Rahmen des § 26 Abs. 2 GWB allerdings Rinck/Schwark Rz. 400

7) Vgl. BGH WuW/E BGH 1995, 1997 - Modellbauartikel III -

auf Teilaspekte oder Teilqualitäten erstrecken. Dies ist darauf zurückzuführen, daß dem Endverbraucher, insbesondere dem einfachen Konsumenten, häufig die Fachkenntnis fehlt, um komplizierte Informationen zu verarbeiten (Beispiel: Beurteilung aller Qualitätsmerkmale beim Autokauf). Ebenso kann ein umfassender Marktvergleich an der Menge der zu verarbeitenden Informationen scheitern, zumal bei einer großen Anzahl von Konkurrenzprodukten (Beispiel: Lebensmittelbereich, hier etwa der Markt für Schokoladen). Hinzu kommt, daß ein solcher Vergleich angesichts des geringen Kaufpreises des einzelnen Produkts oft unwirtschaftlich ist und zudem die Hersteller selbst ein Interesse daran haben können, nur über günstige Teilqualitäten den Abnehmer zu informieren, ungünstige Produkteigenschaften aber zu verschleiern⁸⁾.

Deshalb rücken in dem Maße, in dem die Qualität eines Produktes intransparent bleibt, sog. "Qualitätsindikatoren" für die Wertschätzung und Kaufentscheidung in den Vordergrund⁹⁾. Darunter sind bestimmte Umstände zu verstehen, aufgrund derer der Abnehmer einer Ware glaubt, auf die Gesamtqualität eines Produktes schließen zu können. In der betriebswirtschaftlichen Literatur werden angeführt: Verpackung, Markierung, Werbung, Vertriebsweg und Preis¹⁰⁾. Im Rahmen der Absatzorganisation interessieren also insbesondere die Gestaltung des Vertriebswegs und der Endverbraucherpreise.

So kann es beispielweise für den Vertrieb sehr

8) Engelhardt, Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stichwort Qualitätspolitik

9) Engelhardt, aaO

10) Engelhardt, aaO

hochwertiger Luxusgüter wichtig sein, die Exklusivität solcher Waren durch einen entsprechenden Vertriebsweg zu unterstreichen, insbesondere dann, wenn der Konsument eine Produktklassifizierung nach der unterschiedlichen Exklusivität der Vertriebsmittler vornimmt ¹¹. Auch der Kaufpreis kann für die Wertschätzung eines Produktes von Bedeutung sein. Zwar ist grundsätzlich die Erfahrungsregel anerkannt, daß mit sinkendem Preis die Absatzmöglichkeiten für eine Ware steigen ¹². Nimmt der Preis wegen der fehlenden Transparenz der Warenqualität aber Indikatorfunktion an, d. h., wird vom hohen Preis auf eine entsprechende Qualität geschlossen, so kann sich die dargestellte Regel umkehren. Die Produkte werden dann gerade wegen ihres hohen Preises gekauft ¹³, ein Verhalten, das schon Wilhelm Busch in "Maler Klecksel" mit spitzer Feder karikiert hat ¹⁴. Dieser Zusammenhang ist für ausgesprochene Luxusartikel, die ein Käufer erwirbt, um durch aufwendigen Konsum aufzufallen (sog. Veblen-Effekt), anerkannt ¹⁵. Bei gängigen Massenartikeln ist ein solcher Effekt umstritten ¹⁶. Selbst wenn man diesen Zusammenhang bei Massenartikeln grundsätzlich nicht gelten lassen wollte ¹⁷, so ist aber doch nicht zu übersehen, daß bei gut eingeführten Mar-

11) Engelhardt, aaO

12) Wöhe, S. 559

13) Engelhardt, aaO;

14) Zitiert nach Sölter, Januskopf des Preiswettbewerbs S. 163:

Mit scharfen Blick nach Kennerweise,
Schau' ich zunächst mal nach dem Preise
Und bei genauerer Betrachtung
Steigt mit dem Preise auch die Achtung.

15) Diller, DBW 1977, 219 ff.; Wöhe, S. 559

16) Vgl. insbesondere Diller, aaO, der zahlreiche empirische Untersuchungen hierzu auswertet

17) Kritisch insofern Diller, aaO m. w. Nachw.; a.A Wöhe, S. 559; Sölter, aaO S. 163

kenartikeln das Markenimage bei niedrigen Preisen verlieren kann und die Preisbereitschaft der Käufer sinkt ¹⁸⁾. Gerade bei solchen Artikeln muß das Interesse der Hersteller dahingehen, Einfluß auf die Gestaltung der Endverbraucherpreise zu nehmen.

Diesem Gesichtspunkt trägt zumindest teilweise das GWB selbst Rechnung, wenn in § 38 a Markenartikelherstellern das Recht zu unverbindlichen Preisempfehlungen eingeräumt wird. Die Bedeutung dieser Vorschrift wird gerade auch darin gesehen, den Herstellern ein absatzwirtschaftliches Instrument an die Hand zu geben, mit dem sie, wenn auch unverbindlich ¹⁹⁾, auf die Endverbraucherpreise einwirken können ²⁰⁾.

Dabei ist die Strategie der Markenartikelindustrie darauf gerichtet, möglichst für den Endverbraucher einen Zusammenhang zwischen Preisen und Qualität der Produkte herzustellen ²¹⁾. Dem Preis soll die oben beschriebene Funktion eines Qualitätsindikators zuwachsen.

18) Diller, DEW 1977, 219, 232

19) Insbesondere im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen können möglicherweise unverbindliche Preisempfehlungen faktisch die Wirkung einer Preisbindung entfalten; Reich in Handbuch des Wettbewerbs, S. 369 f.; Emmerich, Kartellrecht S. 109; S. auch BT-Drucks 7/765

20) IM-Sauter, § 38 a Rdnr. 1 u. 8; Langen, § 38 a Rdnr. 2; Möschel, Rdnr. 404; BMWi, Bericht über die Entwicklung im Bereich der Unverbindlichen Preisempfehlung, 1985, S. 4

21) BMWi, aaO S. 12

II. Vertragliche Einbindung der Vertriebsmittler

Allein die genannte Interessenlage läßt jedoch die vertragliche Einbindung der Absatzmittler in ein Vertriebssystem, d. h. die vertragliche Absicherung einer Vertriebsstrategie, noch nicht erforderlich erscheinen. Die Notwendigkeit hierzu ergibt sich erst daraus, daß die Händlerstufe i. d. R. gegenläufige Interessen verfolgt, die sich aus ihrer Handelsfunktion ergeben. Denn während das Herstellerinteresse ausschließlich auf die Vermarktung der eigenen Produkte beschränkt ist, müssen die Händler der ihnen zukommenden Verteilungsfunktion gerecht werden. Das bringt es mit sich, daß sie dem Konsumenten nach Möglichkeit eine breite Produktpalette (Sortimentsfunktion) zu günstigen Preisen (Preiskampf) anbieten müssen, um im Wettbewerb bestehen zu können.

Am Beispiel der Festsetzung von Endverbraucherpreisen läßt sich der hieraus entstehende Konflikt darstellen:

Geht das Herstellerinteresse, wie gesehen, bei gut eingeführten Markenartikeln dahin, hohe, zumindest aber konstante Endverbraucherpreise durchzusetzen, kann es demgegenüber auf der Handelsebene gerade umgekehrt sein. Um im Preiskampf zu bestehen, muß der Absatzmittler darauf bedacht sein, Waren möglichst günstig anzubieten. Dies können die Unternehmen auf der Handelsebene dadurch erreichen, daß sie ihre Kosten senken. Folge ist häufig eine schlechtere Darstellung der Produkte, wenn z. B. Fachberatungspersonal eingespart wird. Dies widerspricht den Interessen der Hersteller an einer guten Beratung und Imagepflege (vgl. oben). Bekannte Markenartikel werden zudem häufig als Lockvogelangebote eingesetzt.

Niedrige Preise für solche Angebote, bis unter die Grenze des Einkaufspreises ²²⁾, werden dann im Rahmen einer Gesamtkalkulation ausgeglichen, die am gesamten Sortiment des jeweiligen Händlers ausgerichtet ist.

Erst der aufgezeigte Interessenkonflikt zwingt den Hersteller dazu, sein Vertriebskonzept so weit wie möglich auch vertraglich abzusichern, betriebswirtschaftlich ausgedrückt, die Marketingführerschaft zu übernehmen ²³⁾.

Keine Frage des Preisbindungsverbots, des alleinigen Gegenstands der vorliegenden Arbeit, stellen dagegen solche Vertriebssysteme dar, die von der Händlerstufe initiiert sind. Wenn Händler, also i. d. R. Wettbewerber, ein preisrelevantes Vertriebssystem einrichten, um so hinsichtlich eines oder mehrerer Produkte den Preiswettbewerb untereinander zu beschränken, handelt es sich um horizontale Wettbewerbsbeschränkungen. Solche Absatzorganisationen müssen nach § 1 GWB beurteilt werden, soweit reine Empfehlungen ausgesprochen werden, nach § 38 II GWB ²⁴⁾.

-
- 22) Vgl. dazu nur Westen, Unbillige Behinderung; Nette, Preisunterbietung, jeweils mit weiteren Nachweisen
- 23) Zum Begriff: Sölter, Januskopf des Preiswettbewerbs, S. 153
- 24) Bspl. eines solchen Vertriebssystems ist der von Radiohändlern gegründete "Nordmende-Spectra-Mittelstandskreis" (vgl. absatzwirtschaft 1985, Heft 12, S. 44). Die diesem Vertriebssystem angeschlossenen Händler sind in einer GbR zusammengeschlossen. Für die Bundesrepublik, aufgeteilt in 13 Zonen, sollen Endverbraucherpreise durch die GbR jeweils für die einzelnen Regionen empfohlen werden. Diese Preise werden dann von der Firma Nordmende in die Streuprospunkte übernommen (zur kartellrechtlichen Beurteilung eines solchen Systems siehe: Markert, absatzwirtschaft 1985, Heft 12, S. 48 ff.).

Keine Probleme hinsichtlich der Zulässigkeit von Preisbindungen im Rahmen des Warenabsatzes werfen ferner arbeitsrechtlich und kapitalmäßig integrierte Vertriebssysteme auf, gemeint sind Filialnetze und der Vertrieb über angestellte Reisende. Ohne der Interpretation des § 15 GWB zu weit vorgreifen zu müssen, kann hier schon festgestellt werden, daß es bei solchen Vertragsgestaltungen an einem Erstvertrag zwischen unterschiedlichen Unternehmen fehlt. Ebenso ist anerkannt, daß das Preisbindungsverbot immer dort eingreift, wo eine Preisbindung einem selbständig am Wettbewerb teilnehmenden Eigenhändler auferlegt werden soll. Dies ist die typische Konstellation der seit 1973 verbotenen Markenartikelpreisbindung. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind jedoch die Zwischenformen von Absatzorganisationen, bei denen die Vertriebspartner auf Dauer durch einen Rahmenvertrag in das Vertriebssystem eingegliedert sind, ohne daß sie ihre wirtschaftliche Selbständigkeit völlig aufgeben. Hierzu zählen Absatzorganisationen auf der Basis von Handelsvertreter-, Kommissionsagentur- und Vertragshändlerverträgen. Kartellrechtliche Probleme ergeben sich erst in diesem Grenzbereich zwischen eindeutig verbotener bzw. erlaubter Preisfestsetzung des Herstellers. Die Untersuchung soll daher auf Preisbindungen gegenüber solchen "Absatzmittlern im engeren Sinn" ²⁵⁾ oder "Produzentenhändlern" ²⁶⁾ beschränkt werden.

B. Einzelne Vertragstypen

Die rechtliche Stellung unterschiedlicher Absatzmittler kann hier keiner umfassenden handelsrecht-

25) Bezeichnung von Ebenroth, S. 23

26) Bezeichnung von Löwisch, S. 19 f.

lichen Darstellung unterzogen werden; die Untersuchung beschränkt sich vielmehr auf die rechtlichen Grundstrukturen. Von Interesse für die kartellrechtliche Beurteilung ist vor allem, inwieweit die einzelnen Vertragstypen eine unterschiedliche Integration der Handelsunternehmen in ein Vertriebssystem ermöglichen und inwieweit die jeweiligen Vertragsformen möglicherweise wirtschaftlich für diesen Zweck austauschbar sind. Danach kann eine erste Aussage darüber getroffen werden, ob die kartellrechtliche Grenzziehung anhand der handelsrechtlichen Vertragstypen erfolgen kann. Von Bedeutung für das Maß der Einbindung der Absatzmittler in eine Absatzorganisation sind insofern sowohl die Binnenbeziehungen der Vertriebspartner, also das Verhältnis des Herstellers zum einzelnen Absatzmittler, als auch die Abwicklung der Vertriebsgeschäfte im Außenverhältnis, also die Beziehung der Absatzmittler zum Kunden.

I. Handelsvertretervertrag

Nach der formalen Gestaltung der Vertragsbeziehungen ist der Handelsvertreter im Außenverhältnis völlig in die Vertriebsorganisation des Herstellers einbezogen. Soweit er selbst zum Geschäftsabschluß berechtigt ist, kann er nur im fremden Namen und für fremde Rechnung Rechtsgeschäfte abschließen (§ 84 Abs. 1 S. 1 HGB). Ein Mindestmaß an Selbständigkeit ist jedoch zur Abgrenzung gegenüber Arbeitnehmern nach § 84 Abs. 1 S. 2 HGB erforderlich. Der Agent muß im wesentlichen frei sein, "seine Tätigkeit zu gestalten und seine Arbeitszeit zu bestimmen". Erforderlich ist also lediglich eine "persönliche" Freiheit hinsichtlich der Gestaltung seiner Tätigkeit, nicht aber die Möglichkeit, Einfluß auf den

Inhalt der abzuschließenden Verträge nehmen zu können²⁷⁾. Über die formale Eingliederung des Handelsvertreters aufgrund der Vertragsgestaltung zu den Kunden hinaus ist nach dem Handelsrecht im Außenverhältnis eine weitere Eingliederung in den Vertrieb des Geschäftsherrn weder notwendig noch ausgeschlossen. Wie sich aus einem Umkehrschluß aus § 92 a HGB ergibt, kann der Agent insbesondere für mehrere Unternehmen tätig werden und - falls die Besonderheiten des Innenverhältnisses nicht dagegen sprechen²⁸⁾ - auch Konkurrenzprodukte mehrerer Hersteller vertreiben. Dementsprechend vielfältig sind auch die Erscheinungsformen der Handelsvertreterverträge in der Praxis²⁹⁾. Agenten treten als Ein- und Mehrfirmenvertreter³⁰⁾, als Reisende oder aber mit eigenem Geschäftslokal bzw. Auslieferungslager auf. Neben dem als Einzelkaufmann agierenden Handelsvertreter gibt es in diesem Bereich auch Unternehmen, die selbst eine eigene Absatzorganisation aufweisen.

27) Vgl. nur Baumbach-Duden-Hopt, § 84 HGB Anm. 5 B und Stolterfoth, S. 62, der darauf hinweist, daß die Bestimmung des Selbständigkeitsbegriffs nicht dazu dienen könne, das Handelsrecht als kartellrechtliches Instrument einzusetzen, um Planungs- und Entscheidungsfreiheit des Handelsvertreters zur Verhinderung von "Vermachtungserscheinungen im tertiären Sektor" zu gewährleisten.

28) Dazu unten

29) Zu den unterschiedlichen Erscheinungsformen vgl. insbesondere Stolterfoth, S. 37 ff.

30) Soweit auf der Basis von CDH-Statistiken Lampe, S. 91 den Einfirmenvertreter als "seltene Ausnahme" ansieht (danach 14 % Einfirmenvertreter), sind diese Zahlen möglicherweise irreführend, da sich der Mitgliederkreis dieser Organisation vornehmlich aus Vollkaufleuten mit größerer wirtschaftlicher Bedeutung zusammensetzt, vgl. Ulmer, Vertragshändler, S. 217 u. Stolterfoth, S. 45; umgekehrt erscheint es aber gerade angesichts des § 92 a HGB auch problematisch, den Einfirmenvertreter als Real- oder Idealtypus anzusehen, so aber KG WuW/E OLG 3457, 3561 - Telefunken II -

Für die Integration der Handelsvertreter im Binnenverhältnis ist zunächst zu berücksichtigen, daß er nach § 84 Abs. 1 S. 1 HGB ständig damit betraut ist, für seinen Geschäftsherrn bei der Vermittlung oder beim Abschluß von Rechtsgeschäften tätig zu sein. Nach h. M. ist der Agenturvertrag daher ein Dienstvertrag, der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist (§§ 611, 675 BGB) ³¹⁾. Hieraus folgt zum einen, daß der Handelsvertreter im Zweifel zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet ist (§ 613 S. 1 BGB). Im Rahmen eines Agenturvertriebssystems kann daher der Hersteller Einfluß auf die Bestimmung der Vertriebspersonen nehmen. Der das Vertriebssystem initiiierende Hersteller braucht sich auch keinen beliebigen Nachfolger für einen ausscheidenden Handelsvertreter aufdrängen zu lassen (§ 613 S. 2 BGB) ³²⁾. Zum anderen steht ihm zivilrechtlich ein umfassendes Weisungsrecht zu ³³⁾, das auch - für die Frage des kartellrechtlichen Preisbindungsverbotes möglicherweise von besonderem Interesse - die Festsetzung der Abgabepreise erfaßt (§ 665 BGB). Eine weitere Einbindung in den Warenabsatz wird durch die Vorschrift des § 86 HGB bewirkt. Danach muß der Agent nicht nur Weisungen Folge leisten, sondern aktiv die Interessen des Geschäftsherrn wahrnehmen. Aus dieser allgemeinen Pflicht zur Interessenwahrnehmung wird vor allem abgeleitet, daß es dem Agenten untersagt ist, ohne ausdrückliche Erlaubnis des Geschäftsherrn zu diesem in Wettbewerb zu treten ³⁴⁾. Für die Vertragsgestaltung einer Absatzorganisation ist dies von besonderer Bedeutung. Denn grundsätzlich ist es einem Han-

31) Siehe nur Baumbach-Duden-Hopt, § 86 Anm. 1

32) Baumbach-Duden-Hopt, § 86 Anm. 2 C

33) Vgl. hierzu nur Brüggenmann in Großkommentar zum HGB, § 86 Rdnr. 19 ff.

34) Brüggenmann in Großkommentar zum HGB, § 86 Rdnr. 33 ff.

delsvertreter hiernach untersagt, Konkurrenzprodukte eines anderen Herstellers zu vertreiben³⁵⁾.

Neben der Weisungsabhängigkeit und der Interessenwahrungspflicht ist für die Ausgestaltung des Innenverhältnisses die Risikoverteilung zwischen Geschäftsherrn und seinen Agenten charakteristisch. Da der Geschäftsherr Vertragspartner der Kunden wird und bis zur Übereignung der Waren an die Abnehmer auch Eigentümer dieser Produkte bleibt, trägt der Geschäftsherr typischerweise die sachgebundenen Geschäftsrisiken³⁶⁾. Darunter fallen Risiken, die sich aus der Beschädigung oder der Zerstörung der Produkte während der Lagerhaltung und des Transportes ergeben, aber auch die eigentlichen kaufmännischen Risiken, nämlich die Gefahr, daß Produkte nicht oder nicht mehr zu einem die Kosten deckenden Preis abgesetzt werden können. Ebenso trägt der Hersteller als Vertragspartei das Risiko, daß ein Kunde, dem Ware auf Kredit überlassen worden ist, sich als nicht leistungs- oder zahlungsfähig herausstellt.

Dies bedeutet allerdings nicht, daß dem Agenten keine Risiken aus dem Warenvertrieb erwachsen. Denn sein Provisionsanspruch ist abhängig von dem Umsatz, den der Geschäftsherr auf seine Bemühungen hin erzielt (vgl. §§ 87, 87 b HGB). Insbesondere, wenn er vornehmlich nur für die Vertriebsorganisation eines Herstellers tätig ist, ergibt sich hieraus eine gravierende wirtschaftliche Abhängigkeit des Agenten.

35) Gefestigte Rspr.: BGHZ 42, 49, 61 m. w. Nachw.; Schrifttumsnachweise zu dem Literaturstreit, der sich in den 60-iger Jahren an dieser Frage entzündet hat, siehe bei Ebenroth, S. 27 Fußn. 20

36) Ebenroth, S. 28

Sein wirtschaftliches Schicksal ist mit Wohl und Wehe des Herstellerunternehmens unlösbar verbunden, vor allem da er aufgrund seiner Weisungsgebundenheit jede Umstellung der Produktion und des Vertriebskonzeptes grundsätzlich hinzunehmen hat³⁷⁾. Darüber hinaus können dem Handelsvertreter Risiken durch Vertrag übertragen werden. Hinsichtlich des Kreditrisikos ist diese Möglichkeit allerdings grundsätzlich auf die Übernahme der Delkrederehaftung für ganz bestimmte Geschäfte oder Geschäfte mit bestimmten Kunden beschränkt (§ 86 b Abs. 1 HGB) und daher im Rahmen größerer Vertriebssysteme kaum praktikabel. Diese Risikoübernahme löst zudem einen zusätzlichen Provisionsanspruch aus. Abweichend von der engen Grundvorschrift kommt hier jedoch eine umfassende Delkrederehaftung nach Abs. 3 S. 2 der Vorschrift in Betracht, wenn der Handelsvertreter die Geschäfte mit Kunden nicht nur abschließen, sondern auch ausführen soll. Dies dürfte beim Vertrieb von Marken- und Massenartikeln der Regelfall sein³⁸⁾. Andere Risiken, beispielsweise aus der Lagerhaltung und dem Transport der Waren durch den Agenten, sind übertragbar. Denn nach § 86 b HGB ist nur der Umfang der typisch kaufmännischen Delkrederehaftung beschränkt, nicht die Übernahme anderer Risiken³⁹⁾.

-
- 37) Vgl. Brüggemann in Großkommentar zum HGB, Vor § 84 Rdnr. 3; siehe auch Ulmer, Der Vertragshändler, S. 226 f.
38) Keine Delkredereprovision können aus diesem Grund z. B. Reisebüros (BGH BB 1982, 2008 f.) oder Tankstellenvertreter (LG Essen BB 1961, 425) verlangen
39) Dies übersieht Ebenroth, S. 28, der eine weitergehende Risikoübertragung als unzulässig ansieht. Da Vertriebsverträge aber in der Regel für eine Vielzahl von Abschlüssen vorformuliert werden, können solche Klauseln gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam sein. Bedenken aus diesem Gesichtspunkt ergeben sich insbesondere aus der Überwälzung des Vorausdispositionsrisikos. Man könnte es

Charakteristisch für die rechtliche Stellung eines Handelsvertreters in einem Vertriebssystem ist also, daß er Geschäfte nur im fremden Namen und auf fremde Rechnung abschließt. Im Binnenverhältnis ist dieser Vertragstyp durch eine umfangreiche Weisungbefugnis des Herstellers hinsichtlich des Vertriebskonzepts gekennzeichnet. Die sachbezogenen Risiken trägt grundsätzlich auch der Hersteller. Gerade im Innenverhältnis ist also der Handelsvertreter weitgehend in die jeweilige Absatzorganisation integriert.

II. Kommissionsagenturvertrag

Als eine Zwischenform von Handelsvertreter- und Kommissionsvertrag hat sich der Kommissionsagenturvertrag herausgebildet. Als Kommissionsagent wird die "ständig für denselben Auftraggeber tätige" Vertriebsperson bezeichnet, die "zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung des Lieferanten verkauft" ⁴⁰⁾. Nach dieser Vertragsgestaltung tritt der Kommissionsagent also nach außen hin - im Gegensatz zum Handelsvertreter - wie ein (wirtschaftlich) selbständiger Vertriebspartner auf. Im Außenverhältnis findet deshalb auch (nur) das Kommissionsrecht Anwendung ⁴¹⁾. Merkmale eines Handelsvertretervertra-

nämlich als wesentlichen Grundgedanken der handelsrechtlichen Vorschriften zum Agenturvertrag ansehen, daß der Geschäftsherr, der den Warenabsatz kaufmännisch bestimmen kann, auch die kaufmännischen Risiken hieraus zu tragen hat. Anders verhält es sich hinsichtlich des Lager- und Transportrisikos. Solange der Handelsvertreter diese Risiken tatsächlich beherrschen kann, solange er nämlich die Ware in Besitz hat, erscheint eine Risikoüberwälzung insofern nicht unangemessen. Hierbei ist auch zu beachten, daß diese Risiken versicherbar sind und möglicherweise leichter zu tragen sind (vgl. Brandner in Ulmer-Brandner-Hensen, § 9 AGBG Rdnr. 82 ff.

40) BGH BB 1964, 823

41) Koller in Großkommentar zum HGB § 383 Rdnr. 34

ges weist dieser Vertragstyp dagegen im Innenverhältnis zwischen Kommissionär und Lieferanten auf. Soweit der Kommissionsagent durch den Rahmenvertrag in die Vertriebsorganisation des Herstellers eingegliedert ist, wird daher für das Innenverhältnis das Handelsvertreterrecht entsprechend angewandt ⁴²⁾. Charakteristisch für den Kommissionsagenturvertrag ist also ein Auseinanderfallen der sachgebundenen Handelsfunktionen und der diesen Funktionen entsprechenden Risiken. Während der Kommissionsagent im Außenverhältnis Lagerhaltung, Transport und Vorausdisposition übernimmt, trägt die entsprechenden Risiken im Innenverhältnis grundsätzlich der Lieferant ⁴³⁾, weil die Geschäfte für seine Rechnung abgeschlossen werden. Da die Ausgestaltung von Kommissionsagenturverträgen typischerweise den Voraussetzungen des § 86 b Abs. 3 S. 2 HGB entspricht ⁴⁴⁾, liegt das Delkredererisiko hier in der Regel beim Kommissionsagenten. Kehrseite der Risikoverteilung ist das Weisungsrecht des Lieferanten, das sich wegen des Geschäftsbesorgungscharakters auch dieses

42) Für eine solche Eingliederung werden allerdings in der Lit. und Espr. unterschiedliche Anforderungen gestellt: Ständige Tätigkeit für einen Lieferanten und wirtschaftliche Abhängigkeit verlangen Schlegelberger/Hefermehl § 383 Rndr. 96, allein die Dauerbeziehung soll nach v. Gierke/Sandrock, S. 486, Schmidt-Rimpler, S. 539 f. erforderlich sein, je nach analog anzuwendender Norm will Koller in Großkommentar zum HGB § 383 Rndr. 34 allein auf die Ständigkeit der Beziehung, auf das Element der Schaffung oder Steigung des "good will" oder auf die Schutzbedürftigkeit des Kommissionsagenten abstellen; wenig präzise insoweit BGHZ 79, 89, 97: "Vergleichbarkeit oder zumindest starke Ähnlichkeit rechtlicher und wirtschaftlicher Art mit dem Handelsvertreterverhältnis".

43) Ebenroth, S. 30

44) Da die Frage der Delkrederenhaftung das Innenverhältnis betrifft, muß diese Vorschrift und nicht § 394 HGB angewandt werden, zutreffend Ulmer, Der Vertragshändler, S. 79 Fußn. 55 u. Ebenroth, S. 31; a. A. v. Gierke/ Sandrock, S. 487

Vertragstyps aus §§ 675, 665 BGB ergibt; eine entsprechende Befugnis ergäbe sich aber auch aus den Vorschriften über den Kommissionsvertrag (§§ 385, 386 HGB).

Im Gegensatz zum Handelsvertretervertrag führt ein Kommissionsagentursystem daher zu einer lockereren Einbindung der Handelsunternehmen in eine Absatzorganisation. Eine solche Vertragsgestaltung kommt dem Interesse der Händler entgegen, ihr geschäftliches Ansehen als selbständige Kaufleute zu erhalten ⁴⁵⁾. Das Interesse eines Herstellers an solchen Vertriebsverträgen besteht möglicherweise auch gerade darin, Preisbindungen gegenüber nach außen selbständig auftretenden Vertriebsmittlern durchzusetzen ⁴⁶⁾. Eine Untersuchung über die gegenwärtige Rolle dieses Vertragstyps, insbesondere nach Abschaffung der Markenartikelpreisbindung, liegt jedoch, soweit ersichtlich nicht vor.

III. Vertragshändlervertrag

Große Bedeutung für die Ausgestaltung von Vertriebssystemen hat der Vertragshändlervertrag, den Ulmer nach einer grundlegenden empirischen Untersuchung ⁴⁷⁾ wie folgt definiert hat:

"Vertragshändler ist ein Kaufmann, dessen Unternehmen in die Vertriebsorganisation eines Herstellers von Markenwaren in der Weise eingegliedert ist, daß er es durch Vertrag mit dem Hersteller oder einem von diesem eingesetzten Zwischenhändler ständig übernimmt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung

45) Ulmer, Der Vertragshändler, S. 45

46) Ulmer, aaO Fußn. 34, sieht die Umstellung eines Teils des Daimler-Benz-Vertriebssystems 1957 von Eigenhändlerverträgen auf Kommissionsagentursysteme vor diesem Hintergrund; vgl. auch K. Schmidt, Handelsrecht, S. 642

47) Ulmer, Der Vertragshändler, S. 206; ähnlich BGHZ 74, 136, 140 m. w. Nachw. jedoch unter der Bezeichnung "Eigenhändler(Vertragshändler)vertrag"

die Vertragswaren im Vertragsgebiet zu vertreiben und ihren Absatz zu fördern, die Funktionen und Risiken seiner Handeltätigkeit hieran auszurichten und im Geschäftsverkehr das Herstellerzeichen neben der eigenen Firma herauszustellen."

Während damit der Vertragshändler formalrechtlich, soweit es nämlich die Geschäftsabwicklung mit den Kunden und die Risikotragung betrifft, wie ein Eigenhändler am Markt auftritt, ist er wirtschaftlich in ein Vertriebsnetz weitgehend eingegliedert⁴⁸⁾. Ihm ist beim Warenabsatz die selbständige Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen auferlegt⁴⁹⁾. Das Schwergewicht dieses gemischttypischen Vertrags mit Kaufelementen und handelsvertreterähnlichen Grundstrukturen liegt weniger auf der reinen Lieferbeziehung als vielmehr in der Ordnung des Absatzsystems eines Markenartikelherstellers⁴⁹⁾. Die Interessenlage wird also geprägt von der Distributionstätigkeit der Vertragshändler für den Hersteller. Daher sieht die h. M. im Anschluß an Ulmer den Vertragshändlervertrag als einen Dienstvertrag an, der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist⁵⁰⁾. Dies ist für die Zulässigkeit und Reichweite der rechtlichen Integration der Vertragshändler in das Vertriebssystem des Herstellers von erheblicher Bedeutung. Denn die rechtlichen Grenzen für Einwirkungen auf die Vertriebsunternehmen ergeben sich für diesen Vertragstyp weniger nach dem HGB und dem BGB, son-

48) Ulmer aaO S. 111 ff., 183 ff., 190 ff.

49) K. Schmidt, Handelsrecht, S. 567

50) Ulmer aaO S. 264 ff.; ders. in Ulmer-Brandner-Hensen Anh. §§ 9 - 11 AGBG, Rdnr. 877; K. Schmidt aaO; Ebenroth, S. 32 f.; v. Gierke/Sandrock, S. 490; Graf v. Westphalen in Loewe/Graf v. Westphalen, AGBG, Bd. III, Stichwort "Vertragshändlerverträge" Rdnr. 2; zurückhaltender jedoch BGHZ 74, 136, 149 f.: "Vertragstyp eigener Art, der eine auf eine längere Zeit berechnete - agenturvertragsähnliche - Interessenverbindung zwischen Lieferant und Händler zum Inhalt hat"

dern vielmehr aus dem AGBG, da der Vertragshändlervertrag ein typischer AGB-Vertrag ist ⁵¹). Um zu einer praxisnahen Beschreibung der Vertragshändlerverträge zu gelangen, sollen diese deshalb in der Folge anhand der wichtigsten, nach dem AGBG zulässigen Klauseln erörtert werden. Für die Inhaltskontrolle nach diesem Gesetz kommt der für die Vertragsbeziehungen grundlegenden Interessenwahrungs- und Vertriebsförderungspflicht des Handelsunternehmens eine maßgebliche Bedeutung zu ⁵²), da sie sich aus der "Natur" des Vertragshändlervertrages ergeben und die Erreichung des Vertragszweckes erst ermöglichen (vgl. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG).

Im Hinblick auf die dem Vertragshändler obliegende Vertriebsförderungspflicht sind dementsprechend nach dem AGBG auch umfassende Regelungen der Vertriebstätigkeit zulässig. Die Verträge können Klauseln über Mindestabnahmemengen, Lagerhaltung, Garantie- und Kundendienstleistungen, Teilnahme an Werbeaktionen, Ausstattung der Geschäftsräume sowie Auswahl und Schulung der Mitarbeiter enthalten ⁵³). Im Interesse einer einheitlichen Ausgestaltung des Vertriebs und der Durchsetzung eines entsprechenden Absatzkonzeptes kann sich der Hersteller Weisungs- und Kontrollrechte vorbehalten ⁵⁴).

Zulässig sind auch üblicherweise verwandte Klauseln,

-
- 51) Graf v. Westphalen in Loewe/Graf v. Westphalen, AGBG, Bd. III, Stichwort "Vertragshändlerverträge" Rndr. 3
 - 52) Ulmer in Ulmer-Brandner-Hensen Anh. §§ 9 - 11 AGBG, Rndr. 877
 - 53) Üblicherweise werden entsprechende "Richtlinien" durch den Hersteller aufgestellt: Ulmer in Ulmer-Brandner-Hensen Anh. §§ 9 - 11 AGBG, Rndr. 885; Graf v. Westphalen in Loewe/Graf v. Westphalen, AGBG, Bd. III, Stichwort "Vertragshändlerverträge" Rndr. 17, 13
 - 54) Ulmer, aaO

die die Vertriebsorganisation des Vertragshändlerunternehmens betreffen. So sind wegen der besonderen Interessenwahrungspflicht der Vertragshändler Bestimmungen anerkannt, die den Vertrieb von Konkurrenzwaren verbieten oder von der Zustimmung des Herstellers abhängig machen ⁵⁵⁾. Ebenso sind Bezugsbindungen für Originalersatzteile zulässig ⁵⁶⁾, zumindest wenn Konkurrenzprodukte nicht deren Qualitätsniveau erreichen ⁵⁷⁾. Keinen grundsätzlichen Bedenken begegnen auch Klauseln, die die Fortsetzung der Vertriebsbeziehung von den Eigentums- und Geschäftsführungsverhältnissen beim Vertragshändler abhängig machen ⁵⁸⁾. Gerade die aufgezeigten weitreichenden Weisungs- und Mitbestimmungsrechte, die sich ein Hersteller gegenüber seinen Vertragshändlern vorbehalten kann, zeigen, daß wirtschaftlich betrachtet wenig von der formalen rechtlichen Selbständigkeit des Vertragshändlers im Vergleich zum Handelsvertreter übrig bleibt.

Dies spiegelt sich auch in der Risikoverteilung zwischen beiden Vertriebsstufen einer solchen Absatzorganisation wieder. Kehrseite der Integration des Vertragshändlers in das Herstellervertriebssystem ist nämlich die Pflicht des Lieferanten, die wirtschaftlichen Interessen seiner (abhängigen) Ver-

55) Ulmer aaO Rdnr. 886; Graf v. Westphalen aaO, Rdnr. 19; Einschränkungen können sich insofern allerdings nach dem europäischen Recht für den Vertrieb von Kraftfahrzeugen ergeben: Siehe Art. 5 (2) Nr. 1 a Gruppenfreistellung von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge v. 12. 12. 1984 (VO Nr. 123/85), WuW 1985, 208 ff, vgl. dazu nur Pfeffer, NJW 1985, 1241, 1242 f.

56) BGH WuW/E BGH 1829 ff. - Original-VW-Ersatzteile II -

57) Ulmer, aaO Rdnr. 886

58) Vgl. BGH NJW 1985, 623, 629: die AGB müssen diesen Fall jedoch angemessen regeln, insbesondere eine Fortsetzung mit einem geeigneten Nachfolger ermöglichen

triebsunternehmen schon bei der Vertragsgestaltung besonders zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die Amortisation der durch den Hersteller veranlaßten Investitionen muß dieser den berechtigten Erwartungen der Vertragshändler Rechnung tragen, aufgrund ihrer Einschaltung in den Vertrieb eine gesicherte Ertragsquelle zu erhalten⁵⁹. Kritisch zu beurteilen sind daher insbesondere einseitige Änderungsvorbehalte im Hinblick auf das dem Vertragshändler zugewiesene Vertriebsgebiet. Klauseln, die die Einsetzung weiterer Vertragshändler oder die Verkleinerung des Vertriebsgebiets betreffen, müssen ausreichend transparent umschrieben sein und sachliche Gründe für solche Maßnahmen erkennen lassen. Die Interessen des Vertragshändlers an ungeschmälernten Gewinnchancen müssen hierbei angemessen berücksichtigt werden⁶⁰. Besondere Rücksicht auf die Interessen des Vertragshändlers muß ein Hersteller auch bei der für die Vertriebsunternehmen besonders kritischen, einseitigen Vertragsbeendigung nehmen. Unangemessen sind daher insbesondere Klauseln, die unabhängig von der Zumutbarkeit einer Vertragsfortsetzung insoweit geringere Anforderungen an eine fristlose Kündigung des Vertrages stellen⁶¹. Weiterhin kann ein Vertragshändlervertrag zwar Gründe für eine ordentliche Kündigung vorsehen. Im Hinblick auf die Amortisation der durch den Vertragshändlervertrieb veranlaßten Investitionen und wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses müssen allerdings

59) Ulmer in Ulmer-Brandner-Hensen Anh. §§ 9 - 11 AGBG, Rdnr. 877; Graf v. Westphalen in Loewe/Graf v. Westphalen, AGBG, Ed. III, Stichwort "Vertragshändlerverträge" Rdnr. 10

60) BGH NJW 1984, 1182; Ulmer aaO, Rdnr. 883; Graf v. Westphalen aaO, Rdnr. 15; geringere Anforderung jedoch in BGH NJW 1985, 623, 626

61) Ulmer, aaO, Rdnr. 891

angemessene Fristen vereinbart werden ⁶². Sind bestimmte Vertragslaufzeiten in den Klauselwerken enthalten, dürfen diese ebenfalls nicht zu knapp bemessen sein ⁶³. In diesem Zusammenhang ist für die Praxis von besonderem Interesse, daß der Vertragshändler grundsätzlich auch einen Anspruch darauf hat, daß der Hersteller nach der Vertragsbeendigung nicht verbrauchte Warenbestände und Ersatzteillager zurückkauft ⁶⁴. Dies gilt jedenfalls für den Fall, daß der Vertragshändler diese Bestände aufgrund der vertraglichen Absatzförderungspflicht oder wegen besonderer Vereinbarungen (z. B. Klauseln über Mindestsortiment oder -ersatzteillager, Depotvereinbarungen) angeschafft hat. Das Risiko darüber hinausgehender Fehldispositionen trägt der Hersteller allerdings nicht ⁶⁵.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß wegen der umfassenden Weisungsrechte des Herstellers und der Investitionen der Vertragshändler im Vertrauen auf eine kontinuierliche Vertriebsbeziehung diese von dem Hersteller eine Rücksichtnahme verlangen können, die ihrer formalen Stellung als selbständige Eigenhändler nicht entspricht. Die Lieferbeziehung ist daher tendenziell berechenbarer und kontinuierlicher, ein Umstand, der für die Vertriebsrisiken von Bedeutung ist.

-
- 62) Für eine Mindestkündigungsfrist von einem Jahr: Graf v. Westphalen, aaO, Rdnr. 23; Ulmer, aaO, Rdnr. 891; vgl. auch BGH NJW 1984, 1182 (Ford-Vertriebsverträge), wonach Ankündigungsfristen von nur 3 Monaten für die Änderung des Vertragsgebiets als unangemessen anzusehen sind
- 63) Mindestlaufzeiten unter einem Jahr erscheinen daher als bedenklich, vgl. oben Fußn. 57
- 64) Nach BGHZ 54, 338, 343 ist dies aus einer nachvertraglichen Treuepflicht herzuleiten; vgl. auch Ulmer, aaO, Rdnr. 892; Graf v. Westphalen, aaO, Rdnr. 25.
- 65) Vgl. Fußn. 59 sowie OLG Frankfurt WM 1986, 141 f. für den Ersatzteilbestand und OLG Frankfurt WM 1986, 139 f. für den Warenbestand

IV. Austauschbarkeit der Rechtsformen im Hinblick auf die Gestaltung von Vertriebssystemen

Trotz aller Unterschiede der dargestellten Vertragstypen fallen doch die Gemeinsamkeiten hinsichtlich der Möglichkeit zur Gestaltung eines Vertriebssystems auf. Insofern ist insbesondere die für alle Vertragstypen gewährleistete, umfassende Einflußnahmemöglichkeit hervorzuheben, die gewährleistet, daß der Hersteller seine Vertriebspolitik und sein Vertriebskonzept in der Absatzorganisation durchzusetzen vermag.

Ein grundlegender Unterschied der Vertragstypen besteht darin, daß die rechtstechnische Abwicklung der Vertriebsverträge divergiert; d. h. sie unterscheiden sich danach, in wessen Namen und auf wessen Rechnung die Geschäfte mit Kunden abgeschlossen werden. So klar diese Abweichungen aus juristischer Sicht erscheinen mögen, so schwierig ist jedoch die Abgrenzung im Einzelfall.

Dies soll am Beispiel des Merkmals "Handeln für fremde Rechnung" verdeutlicht werden. Zur Abgrenzung nach diesem Kriterium wird danach gefragt, wie die dingliche Rechtslage zwischen Hersteller und Vertriebspartner gestaltet ist. Ist das Handelsunternehmen im Zeitpunkt des Verkaufs Eigentümer, so spricht dies dafür, daß der Verkauf der in seinem Eigentum stehenden Produkte auch auf eigene Rechnung erfolgt ⁶⁶⁾. Weiterhin wird die Art der Kalkulation zur Abgrenzung herangezogen. Die Weiterleitung fester Summen aus den einzelnen Vertriebsgeschäften spricht nach diesem Kriterium für ein Handeln auf

66) K. Schmidt, Handelsrecht S. 641

eigene Rechnung ⁶⁷⁾, während die Bestimmung von Mindestpreisen (§ 386 HGB) für einen Verkauf auf fremde Rechnung spricht ⁶⁸⁾. Wichtiges Indiz soll daneben die Weisungsgebundenheit des Absatzmittlers sein ⁶⁹⁾. Vergleicht man angesichts dessen Vertriebssysteme auf der Basis von Kommissionsagenturverträgen mit Vertragshändlerorganisationen, so ist erkennbar, daß die Unterschiede gering sind. Insbesondere wenn die Vertragshändler Waren des Lieferanten nur unter verlängertem Eigentumsvorbehalt verkaufen sollen, ist wegen der umfassenden Weisungsrechte, die sich der Lieferant in den Vertriebsverträgen vorbehalten kann, eine streng begriffliche Abgrenzung kaum noch möglich ⁷⁰⁾. Für die hier gestellte Frage bedeutet das, daß die formale Gestaltung der Absatzbeziehungen einer Austauschbarkeit unterschiedlicher Vertragstypen nicht zwingend im Wege steht.

Allerdings resultieren aus der unterschiedlichen Zuordnung der Verträge mit den Kunden zum Geschäftskreis des Herstellers oder des Vertriebsunternehmens Abweichungen hinsichtlich der Risikoverteilung. Die typisch kaufmännischen sach-, d. h. warenbezogenen Risiken, also insbesondere Vorausdispositionsrisiko, Preisrisiko und Kreditrisiko, trägt nämlich regelmäßig der Vertragspartner, für dessen Rechnung die Geschäfte ausgeführt werden ⁷¹⁾. Wie ein Vergleich von

67) K. Schmidt, Handelsrecht, S. 642; eine solche Vereinbarung ist allerdings auch im Rahmen eines Kommissionsvertrages möglich (RGZ 110, 119, 121)

68) K. Schmidt, Handelsrecht, S. 642

69) BGHZ 1, 75, 79 f.

70) K. Schmidt, Handelsrecht, S. 642

71) Diese Risikoverteilung korrespondiert auch mit der typischen Aufgabenverteilung bei den verschiedenen Vertriebsverträgen, vgl. Ulmer, Der Vertragshändler, S. 224 ff.: Während der Handelsvertreter vorwiegend Abstimmungsaufgaben übernimmt (Markterschließung, Marktbeobachtung, Kun-

Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen zeigt, können diese Unterschiede aber in der Praxis auch an Bedeutung verlieren. So kann, wie gesehen, in Agenturverträgen das Kreditrisiko vollständig auf die Vertriebsunternehmen abgewälzt werden. Andererseits trägt auch der Vertragshändler nicht wie ein selbständiger Eigenhändler sämtliche Risiken aus dem Verkauf der gelieferten Waren. Das umfassende Weisungsrecht des Herstellers, das es diesem auch erlaubt, auf die Voraussdisposition des Vertragshändlers Einfluß zu nehmen, hat zur Folge, daß der Lieferant zum Teil die daraus resultierenden kaufmännischen Risiken mitzutragen hat. Wie aufgezeigt, äußert sich dies darin, daß er in erhöhtem Maße auf die Belange seiner Vertragshändler Rücksicht nehmen muß. Deutlicher wird dieser Zusammenhang zwischen Risikotragung und Weisungsrecht des Herstellers aber noch im Stadium der Beendigung der Vertragsbeziehungen. Denn für diesen Fall ist der Hersteller sogar grundsätzlich verpflichtet, Warenbestände und Ersatzteillager zurückzukaufen. Allerdings besteht ein solcher Anspruch nur - und das zeigt besonders deutlich die Verbindung zwischen Weisungsrecht und Risikotragung -, wenn die Dispositionen des Vertragshändlers durch den Hersteller im Rahmen des Vertriebssystems veranlaßt ist.

Für die Frage der Austauschbarkeit unterschiedlicher Vertragstypen zur Organisation eines Vertriebssystems kann allerdings nicht allein ausschlaggebend sein, wie die Risiken verteilt sind, die sich unmittelbar aus dem Vertrieb der einzelnen Waren ergeben.

denberatung), zählen zum Funktionsbereich des Vertragshändler regelmäßig auch Umschlagsaufgaben (z. B. Transport, Lagerhaltung, Voraussdisposition, Kreditfunktion sowie Qualitäts- und Quantitätsfunktion)

Dies würde nicht hinreichend dem Charakter der Dauerrechtsbeziehungen, der allen dargestellten Vertragstypen anhaftet, Rechnung tragen ⁷²⁾. Denn daraus können sich für den Absatzmittler wirtschaftliche Gefahren ergeben, die die Bedeutung der rein sachbezogenen Risiken in den Hintergrund drängen. Dieser Gesichtspunkt hat dann aber auch Bedeutung für die Durchsetzbarkeit eines Vertriebssystems und folglich für die Austauschbarkeit der Vertragstypen in der Vertriebspraxis. Ulmer ⁷³⁾ hat vor allem für den Vertragshändlervertrag herausgearbeitet, daß aufgrund der hohen Investitionen und der Tatsache, daß ein Vertragshändler typischerweise für nur einen Hersteller tätig werde, eine wirtschaftlich existentielle Abhängigkeit vom Lieferanten diesen Vertragstypus präge. Soweit aber auch in anderen Vertriebsverträgen die Handelsunternehmen eine ähnliche Stellung in der Absatzorganisation eines Herstellers einnehmen, seien die Vertragstypen in der Praxis weitgehend austauschbar. Ulmer nennt hier beispielsweise einen Einfirmenhandelsvertreter, der ein eigenes Warenlager besitzt sowie repräsentative Verkaufsräume zur Verfügung stellt. Die Rechtsform der Vertriebsverträge habe in solchen Fällen nur noch eine geringe Bedeutung, vor allem wenn der Agent auch das Finanzierungs-, Lager- und Kreditrisiko übernehme ⁷⁴⁾.

Die Annahme, daß solche Verträge austauschbar sind, bestätigt auch die Wirtschaftspraxis. So werden beispielsweise für bedeutende Vertriebssysteme in der Automobilbranche Agentur-, Kommissionsagentur-

72) Vgl. Ulmer, Der Vertragshändler, S. 227 f.; K. Schmidt, Handelsrecht, S. 567

73) Ulmer, Der Vertragshändler, S. 227 f.

74) Ulmer, Der Vertragshändler, S. 233 f.

(Daimler-Benz) und Vertragshändlerverträge (z. B. VW, Ford, Opel). Mit Ausnahme der nur von Daimler-Benz durchgeführten "Preisbindung" ⁷⁵⁾ sind die Pflichten und Rechte der Absatzmittler aber im wesentlichen gleichartig geregelt ⁷⁶⁾. Bestätigt wird die These Ulmers hinsichtlich der Austauschbarkeit unterschiedlicher Vertragstypen nicht zuletzt auch durch die schon erwähnte EG-Verordnung Nr. 123/85 ⁷⁷⁾. Eine Freistellung von der Anwendung des EG-Kartellrechts hängt nämlich auch nach dieser Regelung nicht davon ab, welche Rechtsform der Hersteller für die Ausgestaltung seiner Vertriebsverträge gewählt hat. Die Freistellungsvoraussetzungen knüpfen vielmehr an die besonderen Gefahren der wirtschaftlichen Abhängigkeit an, die sich für einen Absatzmittler ergeben können, der nur für ein Vertriebssystem tätig wird ⁷⁸⁾. Die EG-Kommission hat also auch - wie schon Ulmer - diese Risiken wirtschaftlich als gewichtiger angesehen als die rein

75) Womit allerdings noch nichts hinsichtlich der Zulässigkeit dieser Preisbindung gesagt ist

76) Vgl. hierzu insbesondere J. J. Schmitt, S. 158 ff., der beispielhaft Gemeinsamkeiten in folgenden Vertragsbestimmungen aufzählt: Beschränkungen bei der Übernahme einer Zweitmarke, beim Bezug von Ersatzteilen (Pflicht zur Verwendung von Originalersatzteilen), Akquisitionsverbot außerhalb des zugewiesenen Marktverantwortungsgebiets, Verbot der Ausfuhr und des Verkaufs an Wiederverkäufer

77) WuW 1985, 208 ff.

78) Voraussetzung für eine Freistellung ist insbesondere die Aufnahme folgender Klauseln in die Vertriebsverträge:

- Pflicht des Herstellers bei Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes der Übernahme einer Zweitvertretung zuzustimmen (Art. 5 Abs. 2 Nr. 1a VO)
- Änderung des Marktverantwortungsgebiets nur beim Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes (Art. 5 Abs. 2 Nr. 1b VO)
- Mindestlaufzeit 4 Jahre, Mindestkündigungsfrist 1 Jahr (Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 VO)
- Vorankündigungsfrist von 6 Monaten für den Fall, daß der Hersteller ein befristetes Vertragsverhältnis nicht fortsetzen will (Art. 5 Abs. 2 Nr. 3 VO)

sach- und warenbezogenen Risiken.

Als Ergebnis des Vergleichs kann festgestellt werden, daß die unterschiedlichen Vertragstypen für die Gestaltung von Vertriebssystemen sich in der Praxis weitgehend als austauschbar erweisen. Zwar ergeben sich graduelle Unterschiede, betrachtet man die formale Gestaltung der Absatzbeziehungen und die Risikoverteilung. In der Praxis verwischen sich diese Unterschiede jedoch zunehmend. Die Verteilung der Vertriebsrisiken ist hier maßgeblich von der Ausübung der Weisungsbefugnisse Herstellers gegenüber den Absatzmittlern und seinen Vorgaben für die Warenendisposition der Absatzmittler bestimmt.

Allerdings dürfen diese reinen Vertriebsrisiken auch nicht überbewertet werden. Für die Austauschbarkeit der verschiedenen Vertragstypen spielt eine gewichtige Rolle, inwieweit aufgrund der dauerhaften Vertriebsbeziehungen wirtschaftliche Abhängigkeiten begründet werden. Ausschlaggebend ist aber auch insofern weniger der gewählte Vertragstyp als vielmehr die tatsächliche Gestaltung der Vertriebssysteme. Besondere Risiken können hieraus vor allem dann entstehen, wenn das Handelsunternehmen in ein einziges Vertriebssystem eingegliedert ist und sein wirtschaftliches Schicksal vom Wohl und Wehe nur eines Herstellers abhängig ist.

Erweisen sich aber die unterschiedlichen Vertragstypen für die Gestaltung von Vertriebssystemen wirtschaftlich weitgehend als austauschbar, so deutet das auch darauf hin, daß die von ihnen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen unabhängig von der gewählten Rechtsform eintreten können⁷⁹⁾. Schon aufgrund

79) Vgl. oben vor A.

eines Vergleichs nach rein handelsrechtlichen Maßstäben bestehen also Bedenken dagegen, die Anwendung des Preisbindungsverbotes davon abhängig zu machen, welcher Vertragstyp zur Organisation eines Vertriebssystems gewählt wurde, wie dies bis Anfang der 80-iger Jahre in Lit. und Rspr. ohne durchgreifende Bedenken erfolgt ist ⁸⁰⁾.

80) Siehe Einleitung, S. 1 f.

Teil 3. Auslegung des § 15 GWB am Beispiel
von Agenturverträgen

Die Zulässigkeit von Preisbindungen im Rahmen von Vertriebssystemen ist besonders umstritten für solche Organisationen, die auf der Grundlage von Handelsvertreterverträgen aufgebaut sind. Derartige Vertragssysteme scheinen einerseits die Grenze des Verbots der Preisbindung der 2. Hand zu markieren; auf der anderen Seite ist der Handelsvertretervertrag der einzig gesetzlich geregelte Fall und Prototyp des Absatzmittlungsvertrages, an dem sich das Absatzmittlungsrecht ausformt¹⁾. Daher ist es angebracht, die kartellrechtliche Beurteilung von Absatzorganisationen beispielhaft anhand solcher Vertragsgestaltungen zu erörtern, um dann aus den hieraus gewonnenen Erkenntnissen Schlußfolgerungen auch für andere Vertragstypen zu ziehen. Ob auch Handelsvertreterverträge unter das Verbot des § 15 GWB fallen können, ist anhand des Wortsinns, der Entstehungsgeschichte und der Gesetzessystematik zu ermitteln. Diese Auslegungskriterien können jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr muß die Norminterpretation am objektiv zu belegenden Gesetzeszweck gemessen werden, soll nicht die Auslegung beliebig werden.

Ehe hierauf im einzelnen eingegangen werden kann, ist jedoch zu untersuchen, ob sich für die Auslegung kartellrechtlicher Normen Besonderheiten ergeben. Von Bedeutung könnte dies vor allem im Hinblick auf teilweise sehr weitgehende, vom Wortlaut des § 15 GWB abweichende Lösungsvorschläge in der Literatur sein.

1) Darauf weist zu. treffend Martinek, ZIP 1986, 1440, 1445 hin

A. Besonderheiten der Auslegung kartellrechtlicher Normen

An einen Verstoß gegen die Bestimmung des § 15 GWB knüpfen unterschiedliche Rechtsfolgen an. Aus der Vorschrift selbst ergibt sich die zivilrechtliche Nichtigkeit preisbindender Vereinbarungen. Werden danach unwirksame Verträge gleichwohl durchgeführt, können die Kartellbehörden dies untersagen (objektives Untersagungsverfahren nach § 37 a Abs. 1 GWB). Eine solche Untersagungsverfügung kann mit den Mitteln des Verwaltungszwangs nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz durchgesetzt werden (z. B. durch Festsetzung eines Zwangsgeldes) ^{1a)}. Neben dieser verwaltungsrechtlichen Sanktion kommt gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 GWB auch die Verhängung einer Geldbuße in Betracht.

Dieser Umstand, typischer Befund wirtschaftsrechtlicher Normen ²⁾, kann sich möglicherweise auch auf die Auslegung des § 15 GWB auswirken. Angesichts der unterschiedlichen Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Preisbindungsverbot stellt sich die Frage, ob je nach Art der Sanktion § 15 GWB unterschiedlich auszulegen ist ³⁾. Bedeutung erlangt dieses Problem vor allem im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, das - im Vergleich zum bürgerlichen und Verwaltungsrecht - die strengsten Anforderungen an die Gesetzesauslegung stellt. Dieser Verfassungsgrundsatz bestimmt die Auslegung des Straf-

1a) Langen, § 15 Rdnr. 7; IM-Emmerich, § 37 a Rdnr. 24

2) Raisch, ZHR 128 (1966), 161, 164 f.

3) Vgl. nur Sandrock, Die Einheit der Wirtschaftsordnung, S. 6; Steindorff FS für Lorenz, S. 217, 237 ff.; Pfeiffer, Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79, S. 1, 12; IM-Tiedemann, vor § 38 Rdnr. 27; Rinck/Schwarck, Rz. 226 u. 228; Raisch, ZHR 146 (1982), 346, 356; ders., ZHR 128 (1966), 161, 164 f.; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 125 ff.; Fischer, ZGR 1978, 235, 239

rechts wie auch des Ordnungswidrigkeitsrechts (§ 3 OWiG) ⁴⁾. Da das Eingreifen des Bußgeld(blankett)-tatbestandes davon abhängt, ob die Voraussetzungen des § 15 GWB erfüllt sind, kommt dieser Vorschrift Tatbestandsfunktion zu ⁵⁾. Zumindest im strafrechtlichen Verfahren wäre Art. 103 Abs. 2 GG also zu berücksichtigen. Danach ist insbesondere eine Norminterpretation unzulässig, die über den erkennbaren Wortsinn eines Straftatbestands hinausgeht ⁶⁾. Die Grundgesetzbestimmung versperrt also die Möglichkeit analoger und extensiver Gesetzesauslegung.

Müßte man § 15 GWB einheitlich auslegen, so könnte dies dazu führen, daß auch im zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren der Bestimmtheitsgrundsatz durchgriffe. Hierdurch würde möglicherweise die Reichweite des Preisbindungsverbots auch hinsichtlich der nicht strafrechtlichen Sanktionen begrenzt.

I. Argumente für eine differenzierende Auslegung

Dagegen wendet sich ein Teil der Literatur ⁷⁾. Ulmer ist der Auffassung, der Sinn einer Strafbewehrung zivil- und verwaltungsrechtlicher Vorschriften werde so in sein Gegenteil verkehrt ⁸⁾. Mittels der Bußgeldandrohung solle gerade eine stärkere Beachtung solcher Normen erreicht werden. Die oben beschriebene Einheitslösung habe dagegen zur Folge, daß die Durchsetzung strafbewehrter Ge- oder Verbote mit zivil- und verwaltungsrechtlichen Mitteln verkürzt

4) BVerfG NJW 1986, 1671; BVerfGE 55, 144, 152; 42, 261, 263; 41, 314, 319

5) Faller, DB 1972, 1757

6) Vgl. BVerfG NJW 1986, 1671, 1672; BVerfGE 64, 389, 393

7) Ulmer, WuW 1971, 878, 885; Rinck/Schwark, Rz. 228; im Ergebnis ebenso: Steindorff, FS Larenz S. 217, 237 ff; Karte, WuW 1962, 241, 250 f.

8) Ulmer, aaO

werde. Dieses Argument erscheint jedoch nicht ganz überzeugend. Denn selbst wenn die Durchsetzung der Kartellrechtsnormen im Verwaltungsverfahren und mittels des Zivilrechts erschwert würde, so beeinträchtigte das noch nicht die Abschreckungswirkung der Bußgeldandrohung. Allerdings ist Ulmer zuzugestehen, daß mit der Bußgeldbewehrung nicht die Aushöhlung der anderen Sanktionsmöglichkeiten einherlaufen darf. Insofern wird gegen eine einheitliche Auslegung von Bestimmungen des Kartellrechts eingewandt, daß sie vor allem im Bereich der unsicheren Grenzzone der Gesetzesanwendung zu unangemessenen Ergebnissen führen könne⁹⁾. Führt das Eingreifen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots nämlich regelmäßig dazu, in Zweifelsfällen, in denen sich das Kartellrecht bewähren muß, die GWB-Normen nicht anzuwenden, wäre dies eine in der Tat unerträgliche Verkürzung der Kartellrechtstatbestände, die dem Sinn der Strafbewehrung zuwiderliefe. Denn mittels einer solchen Abgrenzung erzielte man keine sachgerechten Ergebnisse, sondern nur eine rein formalistische Beschränkung des Anwendungsbereichs des Kartellrechts. Eine derartige Argumentation muß jedoch an der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG gemessen werden. Auch das Gericht berücksichtigt nämlich diesen Gesichtspunkt. In Zweifels- und Grenzfällen, die wegen der notwendigen Abstraktheit und Allgemeinheit von Strafnormen auch in diesem Rechtsgebiet nicht auszuschließen sind, verlangt es nicht die zweifelsfreie Vorhersehbarkeit der Bestrafung, also der Tatbestandsmäßigkeit. Vielmehr sei es in solchen Situationen nur erforderlich, daß "wenig-

9) Rinck/Schwark, Rz. 228

stens das Risiko einer Bestrafung erkennbar" sei¹⁰⁾. Die Reichweite einer kartellrechtlichen Norm muß sich danach nicht allein und isoliert aus deren Wortlaut erschließen. Es ist zwar erforderlich, daß schon nach der Gesetzesformulierung die Möglichkeit eines Kartellrechtsverstosses ernsthaft in Betracht kommt. Um das Risiko einer Bestrafung erkennen zu können, wird man aber auch auf andere Gesichtspunkte zurückgreifen können, die einer reinen Wortlautinterpretation nicht zugänglich sind. Neben der Entstehungsgeschichte, der systematischen Einbindung in das GWB und dem Schutzzweck der einzelnen Norm eignet sich hierzu auch die generelle Zielsetzung des GWB, wettbewerbsrelevante Freiheiten möglichst zu erhalten¹¹⁾. Dann bleibt aber auch unter Berücksichtigung des Art. 103 Abs. 2 GG genügend Spielraum für die Bewältigung von Grenzfällen¹²⁾. Es kommt danach nicht auf eine formalistische Wortauslegung an. Auch in Zweifelsfällen kann eine dem Gebot des Art. 103 Abs. 2 GG entsprechende Auslegung zu sachgerechten, dem Gesetzeszweck entsprechenden Ergebnissen gelangen¹³⁾. Es ergeben sich mithin keine zwingenden Gründe dafür, Kartellrechtsnormen je nach unterschiedlicher Rechtsfolge enger oder weiter auszulegen.

10) BVerfG NJW 1986, 1671, 1672

11) Kritisch insofern allerdings Maasch, ZHR 150 (1986), 354, 364, die sich gegen eine Interpretation von GWB-Normen wendet, die diese globale Zielrichtung des GWB mit einbezieht. Das hindert sie aber nicht, bei der Auslegung solcher Vorschriften bestimmte wettbewerbspolitische Leitbilder, die die globale Ausrichtung des GWB bestimmen, zu berücksichtigen (siehe Fn. 66)

12) Siehe auch Steindorff, FS. Larenz, S. 238; vgl. auch Maasch, aaO, S. 364 Fn. 66

13) In rechtlich schwierigen Zweifelsfällen muß allerdings bei der Auferlegung eines Ordnungsgeldes ein Verbotsirrtum in Betracht gezogen werden; vgl. IM-Tiedemann, vor § 38 Rdnr. 44 ff.; Ralsch, ZHR 146 (1982), 346, 356.

II. Einheitslösung

Die Gegner einer jeweils differenzierenden Auslegung stützen ihre Kritik vornehmlich darauf, daß so eine interpretatorische Normaufspaltung herbeigeführt werde, die es zu vermeiden gelte ¹⁴. In einer allerdings nicht kartellrechtlichen Entscheidung ¹⁵ hat auch der BGH sich ausdrücklich gegen eine solche Normaufspaltung gewandt.

1. Rechtssicherheit

Zur Begründung wird zunächst darauf verwiesen, daß eine je nach Rechtsfolge unterschiedliche Auslegung ein und derselben Norm zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen müsse. Durchsichtigkeit und Praktikabilität kartellrechtlicher Normen litten unter dieser Verfahrensweise ¹⁶. Erscheint dieses Argument gerade für die praktische Rechtsanwendung von erheblicher Bedeutung, so ergibt sich daraus allerdings noch nicht zwingend der geforderte Gleichlauf in der Auslegung. Allerdings kommt auch gerade der Berechenbarkeit einer wirtschaftsrechtlichen Norm

- 14) IM-Tiedemann, vor § 38 Rdnr. 27; Ralsch, ZHR 146 (1982), 346, 356; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 125 ff.; Sandrock, Die Einheit der Wirtschaftsordnung S. 6; Pfeiffer, in Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79, S. 1, 12; Fischer, ZGR 1978, 235, 239; Faller, DB 1972, 1757; Baudenbacher, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 168; v. Gamm, Kartellrecht, Einführung Rdnr. 17
- 15) NJW 1978, 1856 zu § 1 Abs. 3 ZugabeVO: Das Berufungsgericht habe verkannt, "daß in Fällen, in denen an ein und denselben objektiven Gegenstand sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Sanktionen geknüpft werden, eine einheitliche Beurteilung der Analogiefrage geboten erscheint, und im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtseinheit unerläßlich ist."
- 16) K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht; BGH aaO (Fn. 15)

besondere Bedeutung zu, wenn sie zugleich Grundlage eines Ordnungswidrigkeitstatbestandes ist.

2. "Einheit der Rechtsordnung"

Für das Gebot einer einheitlichen Auslegung wird darüber hinaus auf das allgemeine Prinzip der "Einheit der Rechtsordnung" verwiesen ¹⁷⁾. Zweifelhaft ist aber schon, ob sich ein derartiger allgemeiner Grundsatz aufstellen läßt. Selbst wenn man dieser auf Englisch ¹⁸⁾ zurückgehenden Lehre folgte, ließe sich mit ihrer Hilfe nicht ein formalistischer Auslegungsgleichlauf begründen. Denn sie sollte mit der Vermeidung von Wertungswidersprüchen dienen ¹⁹⁾. Das schließt aber nicht aus, daß bei unterschiedlichen Wertungen auch abweichende Auslegungsergebnisse die Folge einheitlich verwandter Begriffe oder Tatbestände sein können ²⁰⁾. Anliegen der Lehre von der "Einheit der Rechtsordnung" ist es also nicht, eine Vereinheitlichung der Rechtsordnung herbeizuführen. Vielmehr will sie den Wertungen des Gesetzgebers Rechnung tragen und korrigierend eingreifen, falls im Einzelfall diese Wertungen zu widersprüchlichen Ergebnissen führen. Daraus lassen sich dann aber auch Konsequenzen für die hier interessierende Problema-

17) Dies klingt in der zit. BGH-Entscheidung (Fn. 15) an; vgl. aber insbesondere Sandrock, Die Einheit der Wirtschaftsordnung, S. 22 f. unter Berufung auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz. Letztlich ist für ihn jedoch das Prinzip nicht Argument für eine einheitliche Auslegung. Die Einheit der Rechtsordnung ist vielmehr nur das erstrebenswerte Auslegungsziel, das er mittels einer "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" zu verwirklichen können glaubt. (vgl. S. 54 f.); insofern geht die Kritik von K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 125 am eigentlichen Anliegen Sandrocks vorbei

18) Englisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935

19) Englisch, aaO, S 45

20) K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 125 f.

tik ableiten. Eine einheitliche Auslegung kartellrechtlicher Normen ist nach diesen Kriterien geboten, wenn eine interpretatorische Normspaltung dem Zweck der unterschiedlichen, an das kartellrechtliche Verbot anknüpfenden Sanktionen widerspräche. Um diese Frage beurteilen zu können, muß die Funktion unterschiedlicher Sanktionen im Kartellrecht klargestellt werden. Das GWB soll bestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verhindern, die der Gesetzgeber für den Wettbewerb als schädlich angesehen hat. Um solche mißbilligten Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden, stellt er ein System von Sanktionen zur Verfügung. Der Schutz des Wettbewerbs wird dabei in der Regel nicht nur in die Hände einzelner Privater gelegt (z. B. mittels Nichtigkeitsanktion, Schadensersatzansprüchen). Hier besteht nämlich die Gefahr, daß die Betroffenen wegen ihrer individuellen Interessenlage trotz gesetzlicher Mißbilligung wettbewerbswidriges Verhalten Dritter hinnehmen könnten (z. B. bei Abhängigkeit vom Verletzer, wegen Prozeßkostenrisiken)²¹⁾. Solche Schutzlücken sollen die Kartellbehörden mit ihren verwaltungs- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Befugnissen ausfüllen. Andererseits können die privatrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten dort eingreifen, wo die Kartellbehörden aus Gründen der Opportunität Wettbewerbsbeschränkungen nicht verfolgen. Die unterschiedlichen Sanktionen sind also Bausteine eines komplexen, sich gegenseitig ergänzenden Schutzsystems. Im Zusammenwirken sollen sie helfen, die

21) Vgl. Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, S. 125

Wettbewerbsbeschränkungen, die in dem jeweiligen Grundtatbestand des GWB konkretisiert sind, abzuwehren²²⁾. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen läßt sich aber kein Grund dafür finden, weshalb ein und derselbe Tatbestand je nach Art der Sanktion unterschiedlich ausgelegt werden sollte. Zu Recht stellt Möhring²³⁾ die Frage, woraus sich die innere Rechtfertigung einer solchen differenzierenden Gesetzesinterpretation ergebe. Denn die Legitimation einer kartellrechtlichen Regelung lasse sich nicht aus der angeordneten Rechtsfolge ableiten. Vielmehr müsse insofern auf die (für jede Norm einheitlichen) wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Erwägungen zurückgegriffen werden, die zur gesetzlichen Regelung geführt hätten.

Solche Erwägungen finden ihren Ausdruck zwar auch in den angeordneten Rechtsfolgen. Aus den normierten Sanktionen lassen sich mithin Rückschlüsse auf den geschützten Personenkreis, die Reichweite sowie Normzweck der einzelnen Regelung ziehen. Die Schlußfolgerungen beziehen sich dann aber einheitlich auf die Auslegung des kartellrechtlichen Verbotstatbestandes. Dieser kann nicht je nach der rechtstechnischen Durchsetzung unterschiedlich ausgelegt werden. Eine Aufspaltung des Bedeutungsgehalts einer Kartellrechtsnorm sollte daher unterbleiben, solange ein entsprechender Wille des Ge-

22) Daher erscheint es auch fragwürdig, einseitig den zivilrechtlichen (vgl. Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 121) oder aber den verwaltungsrechtlichen Charakter der GWB-Normen (vgl. Rittner, Einführung, S. 293) hervorzuheben und methodische Fragen durch Ausblendung der jeweils nicht als charakteristisch angesehenen Rechtsfolgen zu lösen; kritisch dazu Rinck/Schwark, Rz. 226 und Ralsch, ZHR 148 (1984), 304, 307

23) GRUR 1968, 541, 543

setzgebers nicht erkennbar zum Ausdruck kommt ²⁴⁾.

3. Zuständigkeitsregelung für das gerichtliche Verfahren

Geht man dieser Frage nach, so spricht sogar vieles dafür, daß der Gesetzgeber eine einheitliche Auslegung kartellrechtlicher Normen bezweckt hat und sicherstellen wollte. Dies läßt sich den Vorschriften über die Zuständigkeit der Gerichte in Kartellrechtsstreitigkeiten entnehmen. Das GWB weicht in diesen Verfahrensvorschriften deutlich von der herkömmlichen Ordnung der Rechtswege ab ²⁵⁾. Möglichst werden kartellrechtliche Streitigkeiten bei einem Gericht oder einem Senat konzentriert ²⁶⁾. Besonders deutlich wird dies im Hinblick auf die Zuständigkeit des eigens geschaffenen Kartellsenats beim BGH. Er entscheidet letztinstanzlich sowohl über Verwaltungsrechtssachen (§ 95 Abs. 1 Nr. 1) als auch über zivilrechtliche Streitigkeiten (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 GWB), selbst wenn es sich nur um - isoliert zu entscheidende - kartellrechtliche Vorfragen handelt (§ 96 Abs. 2 GWB). Gleichzeitig ist er auch Strafsenat (§ 95 Abs. 2 GWB). Diese Besonderheit des Kartellverfahrensrechts soll vor allem in Grundsatzfragen eine einheitlich Rechtsprechung gewährleisten ²⁷⁾.

24) Faller, DB 1972, 1757

25) Vgl. insoweit BGH WuW/E BGH 419, 420 - Allgemeine Ortskrankenkasse -; GK-von Renthe gen. Fink, § 87 Rdnr. 2; IM-K. Schmidt, § 95 Rdnr. 1, § 96 Rdnr. 1

26) Vgl. insbesondere §§ 92, 93, 95, 96 GWB

27) Pfeiffer, Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/1979, S.1, 2; v. Gamm, Kartellrecht, § 87 Rdnr. 1; von Renthe gen. Fink, aaO; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 125 f.; besonders deutlich auch BGH WuW/E BGH 1383, 1384 - Abschleppunternehmen - zu § 96 Abs. 2 GWB: "Die Regelung soll, wie sich auch aus der Zuständigkeitsregelung außerhalb der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ergibt, eine einheitliche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts, soweit es das GWB ordnet, gewährleisten."

Die Regelung zeigt, daß der Gesetzgeber einer unterschiedlichen Auslegung je nach Charakter der Rechtsfolge entgegenwirken wollte. Denn die ungewöhnlichen Zuständigkeitsregeln nehmen die für GWB-Normen typische "Gemengelage" auf. Gerade Divergenzen hinsichtlich der Auslegung einer Norm, die sich aus einer je nach Sanktion unterschiedlichen, letztinstanzlichen Gerichtszuständigkeit ergeben könnten, sollen danach vermieden werden. Das Verfahrensrecht trägt damit dem entscheidenden Gesichtspunkt Rechnung, nämlich dem, daß kartellrechtliche Normen im Hinblick auf ihre wettbewerbspolitische Legitimation einheitlich ausgelegt werden müssen. Gleichzeitig unterstreichen die Regelungen das Gewicht, das dem oben vorgetragenen Argument der Rechtssicherheit zugemessen werden muß.

III. Schlußfolgerungen für die Auslegung

Im Ergebnis steht also fest, daß § 15 GWB einheitlich zu interpretieren ist. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist somit auch im Zivil- und Verwaltungsverfahren zu beachten. Dies kann sich vor allem - wie noch zu zeigen ist - bei Fragen des methodischen Vorgehens auswirken. Schon jetzt läßt sich sagen, daß jedenfalls Analogiebildungen zu § 15 GWB, wie sie Schüller für die Bewertung von vertikalen Vertriebssystemen einmal vorgeschlagen hat ²⁸⁾, ausgeschlossen sind. Im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG muß wegen der Anforderung an die Bestimmtheit einer strafrechtlichen Norm das besondere Augenmerk vor allem der Wortlautauslegung gelten. Denn nach der zitierten Rechtsprechung des BVerfG ist der Wortlaut die äußerste Interpretationsgrenze ²⁹⁾. Andererseits ist

28) Schüller, Ordo 1968, 171, 237

29) Vgl. oben Fn. 5

hier noch einmal darauf hinzuweisen, daß das Bestimmtheitsverbot nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts nicht dazu führen kann, daß in allen Zweifelsfällen Kartellrecht grundsätzlich nicht zur Anwendung kommt ³⁰⁾.

B. Wortlaut

Um den oben genannten Anforderungen gerecht zu werden, ist also zunächst der "noch mögliche Wortsinne" zu ermitteln, der sich nach dem als maßgeblich zu erachtenden Sprachgebrauch ergeben kann ³¹⁾. Es kommt deshalb darauf an, daß Vertriebsverbindungen, die auf Handelsvertreterverträgen beruhen, vom Wortsinne des § 15 GWB noch erfaßt sind ³²⁾. Erst wenn dies grundsätzlich bejaht werden kann, ist zu überlegen, ob bei der Anwendung des Preisbindungsverbots auf Agenturverträge weitere Differenzierungen erforderlich sind.

30) Den Zwang zu einer besonders restriktiven Auslegung von Kartellrechtsnormen heben dagegen die Mitglieder des Kartellrechtssenates beim BGH immer wieder hervor: Pfeiffer, Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79, S. 1, 2, 6; Fischer, ZGR 1978, 235, 239; v. Gamm, Einführung RdNr. 15; Hill in 25 Jahre Bundesgerichtshof, S. 173, 174

1) Vgl. auch allgemein: Larenz, Methodenlehre, S. 308; BGHZ 46, 74, 76

2) A. A. Keßler, WuW 1985, 933, 935: eine funktionale, wirtschaftliche Betrachtungsweise könne eine weitergehende Auslegung gebieten (siehe dazu unten C. V.)

Die Anwendung des Preisbindungsverbotes setzt zwei unterschiedliche Verträge voraus. Gegenstand des Verbotes ist ein Vertrag zwischen Unternehmen, der die (Preis- und/oder Konditionen-) Bindung des einen Vertragspartners enthält. Dieser Vertrag wird als "Erstvertrag" bezeichnet ³⁾. Die angestrebte Bindung bezieht sich auf noch abzuschließende Verträge des gebundenen Vertragspartners mit Dritten, auf den oder die "Zweitverträge" ³⁾.

I. Unternehmen

Vertriebssysteme auf der Basis von Agenturverträgen fielen dementsprechend nur dann in den Anwendungsbereich des § 15 GWB, wenn die beteiligten Partner Unternehmen i. S. d. Vorschrift wären. Von wenigen Ausnahmen (vgl. §§ 20, 21 38, 39 GWB) abgesehen beziehen sich alle materiellen Vorschriften des GWB auf das Verhalten oder auf die Struktur von Unternehmen. Der Begriff selbst ist nicht gesetzlich definiert. Seit der Entstehung des GWB ist auch unumstritten, daß der Unternehmensbegriff, der in verschiedenen Gesetzen verwandt wird ⁴⁾, entsprechend den sehr unterschiedlichen Zweckbestimmungen der einzelnen Regelungen differenziert ausgelegt werden muß, so daß eine Übernahme der Definitionen aus an-

3) Zum Sprachgebrauch siehe: BGH WuW/E BGH 981, 983
- Farbumkehrfilm -

4) Vgl. § 22 HGB, § 18 AktG, § 67 BetrVerfG, § 2 UStG, § 17 GewO

deren Rechtsgebieten grundsätzlich ausscheidet ⁵⁾.

Es ist vielmehr von einem Unternehmensbegriff auszugehen, der der Funktion des GWB, die Freiheit des Wettbewerbs zu sichern, gerecht wird ("funktionaler" Unternehmensbegriff) ⁶⁾. Daraus folgt, daß es nicht auf Rechtsform oder betriebliche Organisation ankommen kann (institutioneller Unternehmensbegriff) ⁷⁾. Da Gegenstand der Vorschriften des GWB Verhalten am Markt ist, muß auch der Unternehmensbegriff verhaltensorientiert ausgelegt werden. Nach der Rspr. des BGH kommt für die Unternehmenseigenschaft "jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr in Betracht, die auf einen Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist und sich nicht auf die Deckung des privaten Gebrauchs beschränkt" ⁸⁾. Danach fallen Verbraucher nicht unter den Unternehmensbegriff des Kartellrechts ⁹⁾, ein Gesichtspunkt, der allerdings für die Beurteilung von Vertriebssystemen keine Rolle spielt. Von größerer Bedeutung für diese Frage ist dagegen, daß auch abhängige und weisungsgebundene Arbeitnehmer nicht als Unternehmen i. S. d. § 15

-
- 5) BGH WuW/E BGH 359, 360 f. - Glasglühkörper - unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des GWB (BT-Drucks. 1953/1158 zu § 1 unter 3c, S. 31); IM-Immenga, § 1 Rdnr. 32, GK-Müller-Henneberg, § 1 Rdnr. 5; Rinck/Schwarz, Rdnr. 245; für das AktG siehe: BGHZ 69, 334, 336 f.; Koppensteiner in Kölner Komm., § 15 Rdnr. 8 m. w. Nachw.; für das HGB siehe: K. Schmidt, Handelsrecht, S. 49 f.
- 6) BGH WuW/E BGH 1474, 1477 - Architektenkammer -; IM-Immenga § 1 Rdnr. 32 m. w. Nachw.; zu § 15 GWB siehe BGH WuW/E BGH 1661, 1663 - Musikschule -
- 7) Lediglich Rittner, Einführung, S. 148 will diesen Unternehmensbegriff im Kartellrecht neben dem funktionalen anwenden
- 8) BGH WuW/E BGH 1253, 1257 - Nahtverlegung -; h. M.: IM-Emmerich- § 15 Rdnr. 12; Langen § 1 Rdnr. 9; Rinck/Schwarz, Rdnr. 245
- 9) Siehe nur IM-Immenga, § 1 Rdnr. 34; Langen, § 1 Rdnr. 9 f.; GK-Müller-Henneberg, § 1 Rdnr. 6 f.; a. A. lediglich Langer, S. 134 ff.

GWB angesehen werden können. Denn sie sind nicht autonome Marktteilnehmer, weil Gegenstand von Arbeitsverträgen nicht gewerbliche Leistungen sind ¹⁰⁾. Die Gesetze von Angebot und Nachfrage gelten hier nur beschränkt ^{10a)}. Preisbindungen können danach also auf jeden Fall im Rahmen von arbeitsrechtlich organisierten Vertriebssystemen durchgesetzt werden. Diese Grenze wird auch von Vertretern akzeptiert, die weitgehend Vertriebssysteme dem § 15 GWB unterstellen wollen ¹¹⁾.

Die Anwendung des Preisbindungsverbots auf Agenturvertriebssysteme scheidet demgegenüber nicht schon deswegen aus, weil Handelsvertreter keine Unternehmer i. S. d. Kartellrechts sind. Zwar nimmt der Agent nicht selbständig am Warenverkehr teil. Vielmehr beschränkt sich seine typische Marktteilnahme auf das Anbieten von Dienstleistungen, die darauf gerichtet sind, gewerbsmäßig Geschäfte anzubahnen oder für andere Unternehmen zu vermitteln. Damit bietet er aber gewerbliche Leistungen an ¹²⁾. Von Arbeitnehmern unterscheiden sich Handelsvertreter schon nach der Legaldefinition des § 84 Abs. 1 HGB. Dies kommt besonders deutlich im Abs. 2 der Vorschrift zum Ausdruck, nach der Agenten von Angestellten ausdrücklich abgegrenzt werden. Die Unternehmenseigenschaft von Handelsvertretern

10) Langen, § 1 Rdnr. 53, IM-Immenga, § 1 Rdnr. 35, vgl. auch BGH WuW/E BGH 1851 f. - Bundeswehrheime II - in einem obiter dictum

10a) Rinck/Schwarck, Rdnr. 246 gegen Schmude, S. 81 f.

11) Insbesondere nach Auffassung von Keßler, WRP 1984, 124, 127

sollen ausschließlich so organisierte Vertriebsnetze vom Preisbindungsverbot ausgenommen sein

12) Langen, § 15 Rdnr. 15, Ebenroth, S. 71 f.; Brühl, S. 173; Dau, S. 118; inzident auch BGH WuW/E BGH 442, 449 - Gummi-strümpfe -

ergibt sich im übrigen nicht schon daraus, daß nach dem Wortlaut des § 84 Abs. HGB diese Unternehmer i. S. d. Handelsrechts sind ("Handelsvertreter ist, wer...für einen anderen Unternehmer ...")¹³⁾. Denn wie gesehen muß der Unternehmensbegriff des GWB eigenständig ausgelegt werden.

Zu einem anderen Ergebnis, nämlich zur Ablehnung der Unternehmenseigenschaft für Handelsvertreter, kommt lediglich Dau¹⁴⁾, der abweichend von der h. M.¹⁵⁾ den Unternehmensbegriff für das GWB nicht einheitlich definieren will, sondern jeweils bezogen auf den konkreten Normzweck der zu prüfenden Vorschrift¹⁶⁾. Da § 15 GWB den gebundenen Vertragspartner vor Einschränkungen der "Freiheit der Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen" schützen wolle, könnten Handelsvertreter nicht unter den Unternehmensbegriff subsumiert werden, wenn und soweit ihnen diese Freiheit nicht zustände¹⁶⁾. Weisungsrecht des Geschäftsherrn und wirtschaftliche Abhängigkeit des Handelsvertreters könnten einem so verstandenen Unternehmensbegriff entgegenstehen¹⁷⁾.

Eine derartig feingliedrige Begriffsaufspaltung findet jedoch ihre Grundlage nicht mehr in dem recht konturlosen, einheitlich verwandten Tatbestandsmerkmal "Unternehmen"; vielmehr ist dies eine Frage der von § 15 GWB geschützten Gestaltungsfreiheit^{17a)}.

13) IM-Immenga, § 1 Rdnr. 72; a. A. Meissner, S. 19

14) Dau, S. 89 f.

15) IM-Immenga, § 1 Rdnr. 1; Rinck/Schwark, Rdnr. 245; Ebenroth, S. 71 m. w. Nachw. in Fn. 69

16) Brühl, S. 170 f.; Dau, S. 90 f.

17) Vgl. Fischer, DB 1958, 887, 889; Kleemann, DB 1962, 1631; für Einfirmenvertreter siehe auch Benisch, WuW 1953, 218, 226

17a) Besonders deutliche Trennung der beiden Tatbestandsmerkmale bei IM-Immenga, § 1 Rdnr. 73 a. E.

Anhaltspunkte für die beschriebene Relativierung des Unternehmensbegriffs ergeben sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, wonach wirtschaftliche Tätigkeiten unabhängig vom Zweck der konkreten kartellrechtlichen Norm erfaßt sein sollen¹⁸⁾. Der Wille des Gesetzgebers, mit Hilfe des Unternehmensbegriffs umfassend wirtschaftlich relevante Tätigkeiten einer kartellrechtlichen Kontrolle zu unterstellen, ist zudem in den Vorschriften der §§ 23 Abs. 1 S. 10 und 98 Abs. 1 GWB deutlich zum Ausdruck gekommen¹⁹⁾, die darauf gerichtet sind, möglichst weitgehend wirtschaftliche Tätigkeiten mit diesem Begriff zu erfassen. Eine differenzierende Auslegung des Begriffs kann deshalb allenfalls dort geboten sein, wo Anknüpfungspunkt für die Anwendung des GWB nicht Verhaltensweisen sind, sondern schädliche Auswirkung von Marktstrukturveränderungen, d. h. im Bereich der Fusionskontrolle²⁰⁾. Am Unternehmensbegriff kann also die kartellrechtliche Erfassung von Handelsvertreterverhältnissen im Rahmen des Preisbindungsverbots nicht scheitern.

II. Erstvertrag

Der zwischen dem jeweiligen Absatzmittler und dem Hersteller abgeschlossene Vertriebsvertrag müßte ein "Vertrag... über Waren oder gewerbliche Leistungen" i. S. d. § 15 GWB sein.

1. Vertragsbegriff

18) BT-Drucks. 1953/1158 unter 3c, Seite 31

19) Vgl. Rinck/Schwarck, RdNr.245; Emmerich, S. 27; IM-Immenga, § 1 RdNr. 33

20) So K.Schmidt, ZGR 1980, 277, 280; Langen, § 23 RdNr. 35 ff.

Unproblematisch ist hier die Reichweite des Vertragsbegriffs. Denn Gegenstand der Untersuchung ist die Frage, ob im Rahmen von Vertriebssystemen ein Hersteller seinen Absatzmittlern rechtlich verbindlich vorschreiben kann, von den Abnehmern bestimmte Preise zu verlangen. Damit fallen aber die Vertriebsverträge unter den zivilrechtlichen Vertragsbegriff. Die insbesondere im Rahmen des Kartellverbots umstrittene Frage, ob der kartellrechtliche Vertragsbegriff weiter zu ziehen ist, muß deshalb hier nicht erörtert werden ²¹⁾. Die Problematik einer nicht rechtsverbindlichen Übereinkunft stellt sich im übrigen vornehmlich im Bereich horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen ^{21a)}. Da hiervon typischerweise alle Beteiligten profitieren, ist dort eine über diesen Anreiz hinausgehende rechtliche Verpflichtung zu einem kartellrechtswidrigen Verhalten häufig nicht erforderlich. Selbst wenn es auch für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nicht ausgeschlossen erscheint, daß der preisbindende Hersteller und die gebundenen Unternehmen (Fachhändler) gleichermaßen an einer Preisbindung interessiert sind ^{21b)}, so kommt es doch auch in diesen Fällen in der Regel darauf an, daß die Preisbindung rechtsverbindlich vorgeschrieben wird. Denn das Interesse der gebundenen Partner geht dahin, den Preiswettbewerb für ein bestimmtes Produkt zum Erliegen zu bringen. Insbesondere soll Außenseitern (free-rider-Problematik) ^{21c)} die Mög-

21) Vgl. insbesondere K. Schmidt, Kartellvertrag, S. 88 f.; zur Behandlung von gentlemen's agreements vgl. nur: Rinck/Schwark Rdnr., 262; IM-Immenga, § 1 Rdnr. 110 ff.; Langen, § 1 Rdnr. 24.

21a) Vgl. Rittner, Wirtschaftsrecht S. 395

21b) So Brühl, S. 44 gegen, Rittner aaO

21c) S. oben S. 15 ff.

lichkeit genommen werden, über niedrige (Discounter-) Preise Fachhändlern Konkurrenz zu machen. Dies kann jedoch nur gelingen, wenn die Preisbindung vertraglich abgesichert ist. Auch ergeben sich im Rahmen des § 15 GWB keine Probleme, wenn die Vertriebsverträge aus anderen Gründen (z. B. gemäß § 138 BGB) nichtig sind ²²⁾. Die über die zivilrechtliche Nichtigkeit hinausgehenden Sanktionen, die an den Kartellrechtsverstoß anknüpfen, können nach der Theorie der "Doppelwirkung im Recht" gleichwohl zur Anwendung kommen ²³⁾.

2. Vertragsgegenstand

Gegenstand des Erstvertrages können Waren und gewerbliche Leistungen sein. Da Agenturverträge auf Tätigkeiten ausgerichtet sind (§ 675 BGB), also nicht unmittelbar auf den Umschlag von Waren, kommt nur eine gewerbliche Leistung als Vertragsgegenstand in Betracht ²⁴⁾.

Teilweise wird der Leistungsbegriff des § 15 GWB jedoch einschränkend ausgelegt. Gegenstand des Erst-

22) Diese Frage stellt sich insbesondere bei der Beurteilung von Vertriebs- und Ausschließlichkeitsbindungen gemäß § 18 GWB. Hier kann der Mißbrauchsaufsicht (nachträgliche Unwirksamkeitserklärung) möglicherweise entgegenstehen, daß die Verträge schon nach § 138 BGB nichtig und damit rechtlich nicht existent sind; vgl. dazu K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 209 ff.; v. Venrooy, Vertrag und Unwirksamkeit bei § 18 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S 46 ff.

23) H. M. im Zivilrecht, siehe nur Palandt-Heinrichs, Überbl. vor § 104, Anm. 4 d; a.A. lediglich Oellers AcP 169 (1969), 67 ff.

24) Meissner, S. 19f.; vgl. auch BGH WuW/E BGH 1787, 1788 - Garant -

vertrages könne lediglich der Warenaustausch sein²⁵⁾. Diese Auslegung wird wie folgt begründet: Nach der Ausnahmegvorschrift des § 16 GWB könnten Unternehmer die "Abnehmer" von Verlagserzeugnissen binden, bei der "Weiterveräußerung" an Dritte bestimmte Preise und Konditionen zu vereinbaren. Der Begriff der "Weiterveräußerung" in dieser Ausnahmegvorschrift müsse auch auf § 15 GWB übertragen werden. Dann könne aber Gegenstand des Vertrages nur ein Veräußerungsgeschäft sein²⁶⁾. Ein Handelsvertretervertrag könnte danach also dem Preisbindungsverbot nicht unterfallen, weil er schon nicht als Erstvertrag i. S. d. § 15 GWB anzusehen wäre.

Eine Einschränkung des Preisbindungsverbots aus dem Blickwinkel der Ausnahmegvorschrift des § 16 GWB erscheint jedoch problematisch. Sinn dieser Vorschrift ist es nämlich, den Verkauf einer bestimmten Produktgruppe, nämlich den von Verlagserzeugnissen, vom Preisbindungsverbot auszunehmen²⁶⁾. Die Privilegierung ist also nach dem Normzweck auf den Warenverkehr beschränkt. Die Frage, ob über den Warenverkehr hinaus gewerbliche Leistungen unter § 16 zu subsumieren sind, stellt sich danach gar nicht. Das spricht aber dafür, daß die Ausnahmegvorschrift eher enger zu verstehen ist als § 15 GWB. Dies wird durch den Wortlaut der Vorschriften bestätigt: Der "Weiterveräußerung" in § 16 GWB steht der Wortlaut des § 15 GWB gegenüber, der sich auf "Waren oder gewerbliche Leistungen" bezieht. Im Gegensatz zu "Abnehmern" von "Verlagserzeugnissen" in § 16 stellt § 15 auf

25) Überscher, WuW/ E BKartA 2135 ff.; im Rahmen des § 18 GWB Rittner, ZHR 135 (1971), 289, 301 ff., 306 ff

26) Siehe IM-Emmerich § 16 Rdnr. 10 ff., 18 ff unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Vorschrift

die "Vertragsbeteiligten" ab. Gerade diese Unterschiede unterstützen die Auffassung, daß § 16 GWB entsprechend seinem begrenzten Normzweck bewußt enger gefaßt ist als § 15 GWB.

Nach der Auffassung von Überscher müssen Verträge über gewerbliche Leistungen mit solchen über Waren gleichgesetzt werden. Die alternative Aufzählung der Vertragstypen im Gesetz spricht demgegenüber dafür, anders als im Schuldrecht die Lieferung von Waren gerade nicht als gewerbliche Leistung anzusehen ²⁷⁾. Diese Auslegung wird gestützt durch die differenzierende Verwendung der Begriffe an anderer Stelle des GWB. In § 18 Satz 1 Nr. 3 GWB werden im Gegensatz zu den Nr. 1 und 2 Verträge über gewerbliche Leistungen nicht neben solchen über Waren erfaßt, wohl in der Annahme, daß gewerbliche Leistungen nicht "abgegeben" werden können ²⁸⁾. Danach zumindestens muß der Begriff der gewerblichen Leistungen weiter verstanden werden als ihn Überscher auffaßt. Er umfaßt auch (wenn nicht nur) solche Leistungen, die nicht "abgegeben" werden können. Gegenstand einer gewerblichen Leistung ist also das "Ergebnis einer Anstrengung", insbesondere die Erledigung von Geschäftsbesorgungen i. S. d. § 675 BGB ²⁹⁾.

Der Handelsvertretervertrag erfüllt daher die Voraussetzungen eines "Erstvertrages" i. S. d. § 15 GWB.

27) So im Ergebnis auch: IM-Immenga, § 1 Rdnr. 333; Langen, § 1 Rdnr. 52; Loewenheim in Loewenheim/Belke, § 1 Rdnr. 75

28) Langen, aaO

29) Langen aaO; zurückhaltend insofern auch Rittner, ZHR 135 (1971), 288, 300 f., der, ohne sich festzulegen, lediglich die Auslegungsmöglichkeit für erwägenswert hält, Handelsvertreterleistungen nicht als gewerbliche Leistungen i. S. d. §§ 18 und 15 GWB aufzufassen

III. Zweitvertrag

Die im Erstvertrag erfolgte Preisbindung muß sich auf Zweitverträge beziehen, die das gebundene Unternehmen mit Dritten abschließt. Im Rahmen von Agenturverträgen ist deshalb zunächst zu untersuchen, ob der Handelsvertreter Zweitverträge abschließt (dazu 1.). Basiert ein ganzes Vertriebssystem auf Handelsvertreterverträgen, ist aber auch eine Bindung des Geschäftsherrn, also des initiiierenden Herstellers, in Betracht zu ziehen (dazu 2.). Ein Verstoß gegen das Preisbindungsverbot könnte dann darin liegen, daß der Hersteller sich verpflichtet, die in seinem Namen vereinbarten Endverbraucherpreise einheitlich für das gesamte System festzulegen.

1. Handelsvertreter als gebundenes Unternehmen

Die Bindung des Handelsvertreters müßte sich auf solche Verträge beziehen, "die er mit Dritten über die gelieferte Ware, über andere Ware oder über gewerbliche Leistungen schließt."

a. Zivilrechtlicher Vertragsschluß

Die Vorschrift setzt also einen Vertragsschluß durch den Handelsvertreter voraus. Wäre auch im Kartellrecht der zivilrechtliche Vertragsbegriff zu übernehmen, erschiene es zweifelhaft, ob die genannten Vertragssysteme unter den Wortlaut des § 15 GWB subsumiert werden könnten. Denn die typische Handelsvertreterstätigkeit ist darauf beschränkt, Verträge für den Geschäftsherrn anzubahnen (Vermittlungsvertreter) oder gemäß § 164 Abs 1 BGB im Namen des Geschäftsherrn abzuschließen (Abschlußvertreter). Han-

delsvertreter werden regelmäßig also nicht Vertragspartner im zivilrechtlichen Sinn. Ein Zweitvertrag gemäß § 15 GWB könnte aber jedenfalls dann bejaht werden, wenn die Wortlautauslegung unabhängig vom zivilrechtlichen Verständnis des Begriffs des Vertragsschlusses erfolgen könnte ³⁰⁾. Stellte man etwa auf den tatsächlichen Leistungsaustausch ³¹⁾ in dem Dreiecksverhältnis Hersteller, Handelsvertreter und Endabnehmer ab, könnte der Handelsvertreter aufgrund eines so verstandenen wirtschaftlichen Vertragsbegriffs als Vertragspartner anzusehen sein, sofern er selbständig am Leistungsaustausch teilnimmt.

Es scheint sich also hier die Frage zu stellen, ob es, insbesondere im Hinblick auf die zu wahrende "Einheit der Rechtsordnung", zulässig ist, von einem vorgefundenen zivilrechtlichen Begriffsverständnis abzuweichen ³²⁾.

Für die Auslegung des § 15 GWB käme es aber darauf nicht an, wenn sich schon aus der Vorschrift selbst ergäbe, daß nur ein (Zweit-) Vertrag im zivilrechtlichen Sinn Objekt der Wettbewerbsbeschränkung sein kann.

Hierfür spricht zunächst die Rechtsfolge aus § 15 GWB. Bei einem Verstoß gegen das Preisbindungsverbot ist der Erstvertrag nichtig. Diese Rechtsfolge knüpft ihrem Wesen nach an das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts, i. d. R. eines zivilrechtlichen

30) Für eine weitgehend uneingeschränkte Einbeziehung auch solcher Systeme spricht sich wohl nur Keßler, WRP 1984, 124, 127 aus

31) Vgl. auch Rinck/Schwark, Rz. 376 a. E.

32) Siehe BVerfGE 13, 331, 340; Wank, Die juristische Begriffsbildung, S. 114 f.

Vertrages an. Es wird nämlich verhindert, daß das betroffene Rechtsgeschäft die seinem Inhalt nach bezweckten Rechtswirkungen hervorrufen kann ³³. Die Nichtigkeit kann sich also nur auf Rechtsgeschäfte, i. d. R. auf Verträge im zivilrechtlichen Sinn, erstrecken. Wollte man den Erstvertrag nicht zivilrechtlich auffassen, liefe die in § 15 GWB vorgesehene Sanktion - zumindest teilweise - ins Leere. Sinn erhält die Rechtsfolge erst, wenn man den Erstvertrag zivilrechtlich auffaßt ³⁴. Konsequenterweise muß dann aber auch der Zweitvertrag als zivilrechtliches Rechtsgeschäft angesehen werden. Selbst wenn es möglich erschiene, ein und denselben Begriff in unterschiedlichen Rechtsgebieten voneinander abweichend auszulegen, so verbietet sich dies für die mehrfache Verwendung desselben Begriffs in einer Rechtsnorm. Denn in einem solchen Fall wäre es Sache des Gesetzgebers gewesen, den unterschiedlichen Begriffsinhalt der verwandten Tatbestandsmerkmale klarzustellen. Es ist aber kein sachlicher Grund ersichtlich, der für § 15 GWB eine derartige differenzierende Auslegung des Vertragsbegriffs rechtfertigen könnte ³⁵.

Auch für das Kartellrecht - zumindest im Rahmen des Preisbindungsverbots - ist also der zivilrechtliche Vertragsbegriff maßgebend.

33) Palandt-Heinrichs Überbl v § 104 Anm. 4 a

34) Grundlegend insofern BGB WuW/E BGB 251, 253 f. - 4711 -; soweit Koenigs in Wettbewerb als Aufgabe, S. 301, 313, abweichend hiervon auch nicht vertragliche faktische Bindungen unter den Vertragsbegriff fassen will und somit von der zivilrechtlichen Bedeutung abweicht, erscheint dies angesichts der Erfassung solcher Fälle in § 25 Abs. 1 GWB nach derzeitiger Gesetzeslage nicht mehr zu überzeugen.

35) Vgl. Wank aaO Fn. 32

b. Abschluß von Zweitverträgen

Muß die Auslegung des § 15 GWB vor dem Hintergrund eines zivilrechtlichen Vertragsverständnisses erfolgen, so eröffnen sich gleichwohl zwei unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten.

Einerseits könnte man dem Wortlaut der Vorschrift entnehmen, daß der Gebundene eigene, d. h. ihm rechtlich zurechenbare Verträge abschließen muß³⁶⁾. Da die eigentliche Handelsvertretertätigkeit, wie gesehen, darauf beschränkt ist, Abschlüsse für den Geschäftsherrn vorzubereiten oder durchzuführen, kann es regelmäßig an einem erforderlichen Zweitvertrag fehlen. Denn der Agent wird nicht selbst Vertragspartner.

Die Formulierung "Verträgen..., die er ...schließt" kann jedoch auch so verstanden werden, daß es nur auf den formalen, rechtstechnischen Abschluß des Vertrags ankommt, nicht darauf, wen die Folgen des Rechtsgeschäfts treffen³⁷⁾. Soweit der Agent als

- 36) BGH WuW/E BGH 877, 885 - Shell-Tankstelle -; offengelassen in BGH WuW/E BGH 2238, 2243 - EH-Partner-Vertrag - : Das Gericht ist zwar der Auffassung, daß nach Wortlaut und Zweck des § 15 GWB das Preisbindungsverbot nicht auf das Telefunken-Partner-System anzuwenden ist (aaO S.870). Der BGH läßt es aber dahinstehen, ob Agenturverträge in bestimmten Konstellationen doch möglicherweise direkt oder wegen einer Umgehung des § 15 GWB unter das Verbot fallen können (aaO S. 871). Wie der BGH: Rittner, ZHR 135 (1971), 289 ff.; ders., DB 1985, 2543, 2546; Riesenkampff, BB 1984, 2026, 2029; Überscher, WuW/E BKartA 2133, 2134
- 37) So KG WuW/E OIG 3457, 3458 - Telefunken II -; BKartA WuW/E BKartA 2125, 2126 f. - Telefunken II -; Brühl, S. 162; IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 25; Langen, § 15 Rdnr. 40; Loewenheim in Loewenheim/Belke, § 15 Rdnr. 15; Baur, BB 1985, 1821, 1822; Vollmer, Preisbindungen S. 79, Keßler, WuW 1985, 933, 941; ders., WRP 1984, 124, 125; Meissner, S. 46 f.; Dau, S. 93; Grünekle, S. 78

Vertreter des Herstellers gemäß § 164 Abs. 1 BGB selbst Verträge für diesen abschließt, also eine eigene Willenserklärung abgibt, läge ein Zweitvertrag vor. Denn die Vornahme eines Geschäfts macht gerade den Begriff der Vertretung aus ³⁸. Dies hat seinen Niederschlag auch in den Vorschriften des Vertretungsrechts gefunden, wenn dort die "Vornahme" eines Rechtsgeschäfts (vgl. § 174 BGB) und der Abschluß eines Vertrages (vgl. §§ 177 Abs. 1, 179 Abs. 1 BGB) durch den Vertreter Regulationsgegenstand sind. Der reine Vermittlungsvertreter, der nicht zum Vertragsschluß für seinen Geschäftsherrn befugt ist, kann dagegen keine Zweitverträge abschließen. Hier wäre auch nach dieser Auffassung die Grenze der Wortlautauslegung überschritten ³⁹.

(1) Für die Ansicht, daß der gebundene Unternehmer selbst Vertragspartner werden müsse, werden aus dem Wortlaut des § 15 GWB zwei Begründungen angeführt.

Zum Teil wird auf den Zusammenhang zwischen Erst- und Zweitvertrag verwiesen ⁴⁰. Beim Warenvertrieb über Handelsvertreter komme kein Zweitvertrag über "gelieferte" oder "andere" Ware zustande. Hierunter könnten nur solche Waren subsumiert werden, die der Gebundene selbst erworben oder hergestellt habe und

38) Larenz, Allg. Teil, S. 570; kritisch gegenüber einer so verstandenen Auslegung des § 15 insbesondere Rittner, DB 1985, 2543, 2545: der Tatbestand des § 145 BGB ereigne sich nur zwischen den Vertragsparteien; der Hinweis auf v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. II 1, 1914, S. 458 erscheint nicht ganz zutreffend, zumal v. T. an der zitierten Stelle nicht auf die Vertretung im Rahmen des Vertragsschlusses eingeht.

39) KG WuW/E OIG 3457 - Telefunken II -; BKartA WuW/E BKartA 2125, 2126 f. - Telefunken II -; Langen § 15 Rdnr. 39; Brühl, S. 161 f.

40) Rittner, DB 1985, 2543, 2545; Löwisch, S. 68

die er dann selbständig mittels Zweitvertrag veräußere. Ein Handelsvertreter, der sich im Erstvertrag lediglich zur Erbringung einer gewerblichen Leistung verpflichtet habe, könne diese Voraussetzungen nicht erfüllen. Dabei wird unterstellt, daß Lieferung zivilrechtlich i. S. einer Übereignung aufgrund eines Kaufvertrages mit dem bindenden Unternehmen, dem Hersteller, aufgefaßt werden müsse. Als "andere Waren" werden mit der h.M. ⁴²⁾ solche angesehen, die nicht vom Erstvertragspartner geliefert sind (z. B. eigene Herstellung, Bezug von Dritten).

Zu Recht gehen die Vertreter dieser Auffassung davon aus, daß Gegenstand des Vertriebs über Handelsvertretersysteme nicht "andere" Waren sein können ⁴³⁾. Denn es sollen in der Regel ja gerade Produkte des Geschäftsherrn, nämlich des vertreibenden Herstellers, abgesetzt werden. Zweifelhaft ist allerdings, ob Lieferung i. S. d. § 15 GWB eng zivilistisch aufgefaßt werden muß oder ob im Kartellrecht nicht auch eine tatsächliche (An)lieferung zur Bejahung des Merkmals genügt ⁴⁴⁾. Dann könnte auch im Verhältnis des Geschäftsherrn zum Handelsvertreter eine Lieferung anzunehmen sein, vorausgesetzt die Warenauslieferung an die Endverbraucher erfolgt über den Handelsvertreter.

Maßgebend für die Bestimmung des Lieferungsbegriffs ist die Funktion, die der Gesetzgeber dem Begriffspaar "gelieferter oder anderer Waren" zugemessen hat. Faßt man den Begriff zivilistisch auf, führt dies zur Einschränkung des Anwendungsbereichs des

42) Vgl. nur Langen, § 15 Rdnr. 60, IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 52

43) So dagegen Brühl, S. 162

44) Vollmer, Preisbindungen, S. 79

§ 15 GWB. Sinn der Formulierung ist aber die Erweiterung des Preisbindungsverbots. Es sollte nämlich nicht davon abhängig sein, daß die im Zweitvertrag zu veräußernde Ware auch Gegenstand des Erstvertrages ist. Das Preisbindungsverbot sollte sich vielmehr auf Geschäfte mit allen Waren, gleich welcher Herkunft, erstrecken ⁴⁵⁾. Es kam somit bei der Gesetzesformulierung nicht auf die zivilrechtliche Qualifikation der "Lieferung" an ⁴⁶⁾. Das spricht aber dafür, den Begriff nicht zivilrechtlich aufzufassen, sondern ihn entsprechend dem aufgezeigten Motiv weit auszulegen. Gelieferte Waren sind danach solche Waren, die das gebundene Unternehmen vom bindenden im Hinblick auf den Erstvertrag tatsächlich bezieht ⁴⁷⁾.

(2) Der BGH geht hierauf auch in seiner Telefunkenentscheidung mit keinem Wort ein, obwohl auch er der Ansicht ist, schon aus dem Wortlaut des § 15 GWB ergebe sich, daß das gebundene Unternehmen eigene Zweitverträge abschließen müßte ⁴⁸⁾. Das Gericht stellt vielmehr darauf ab, daß die Vorschrift die Beschränkung in der (inhaltlichen) Gestaltungsfreiheit für Verträge voraussetze, die der Gebundene mit Dritten schließe; es müsse sich daher auch um eigene Verträge des Gebundenen handeln.

45) Besonders deutlich: BGHZ 51, 163, 166 f. - Farbumkehrfilme -unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 15 GWB; vgl. auch FK-Kühlhorn § 15 Rdnr. 19; Rinck/Schwarck Rz. 373

46) Auch wenn in der Begründung zum Reg.-Entw., BT-Drucks. II/1158 S 35 unter 4), das Begriffspaar am Beispiel eines Kaufvertrages erläutert worden ist und diese zivilistische Auffassung auch wohl der Entstehung der Vorschrift zugrunde lag.

47) Gegen eine enge zivilistische Auslegung auch Langen § 15 Rdnr. 60

48) BGH WuW/E BGH 2238 ff. - BH-Partner-Vertrag -

Damit werden in der Interpretation des BGH zwei unterschiedliche Tatbestandsmerkmale miteinander verknüpft. Zweifellos besteht ein enger Zusammenhang zwischen dem Zweitvertrag und der durch § 15 GWB zu schützenden Gestaltungsfreiheit. Fraglich ist jedoch, ob hieraus für die Wortlautauslegung schon folgen muß, daß das gebundene Unternehmen auch Vertragspartner des Zweitvertrages sein muß. Denn die Argumentation des Kartellrechtssenats setzt das Ergebnis, zu dem er schließlich gelangt, schon voraus. Es wird nämlich unterstellt, daß die "Freiheit der Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen" nur eine rechtliche, nicht eine wirtschaftliche Freiheit sein könne. Unter dieser Prämisse erscheint dann das Ergebnis konsequent. Wenn nämlich die Gestaltungsfreiheit nur ein Ausschnitt der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit wäre, so könnte sie auch nur demjenigen zustehen, der eigene Zweitverträge abschließt.

Folgt man aber nicht dem zivilrechtlichen Vorverständnis, auf dem die Auffassung des BGH beruht, so läßt die Gesetzesformulierung auch eine andere Auslegung zu. Die genannte Freiheit könnte dann auch darin bestehen, wirtschaftlich Einfluß auf die Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen nehmen zu können⁴⁹⁾. Diese Deutung läßt die Formulierung des § 15 GWB zu, die lediglich auf die "Gestaltung" der Preise und Geschäftsbedingungen abstellt, ohne daß festgelegt wird, wie diese Einwirkungsmöglichkeit zivilrechtlich aufzufassen ist. Ein solche Einflußmöglichkeit erforderte nicht, daß das gebundene

49) Brühl, S. 162; Kessler, WuW 1985, 933, 941; s. auch schon Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 8. Aufl., § 15 GWB Rdnr. 16; im Ergebnis so KG WuW/E OLG 3457, 3458 - Telefunken II -; BKartA WuW/E BKartA 2125, 2126 - Telefunken II -

Unternehmen, der Handelsvertreter, selbst Vertragspartner würde. Ihm müßte vielmehr lediglich ein entsprechender wirtschaftlicher Entscheidungsspielraum zustehen, der es ihm ermöglichte, die Vertragsgestaltung wesentlich zu beeinflussen. Beim Abschlußvertreter, der hier allein interessiert, wäre dies zu bejahen. Denn er ist maßgeblich an der Bestimmung des Vertragsinhalts und der Vertragsdurchführung beteiligt. Insbesondere beim Vertrieb von Massenartikeln (Markenwaren) kommt es entscheidend auf seine Mittlertätigkeit an. Denn der Hersteller hat hier in der Regel kein Interesse am einzelnen Absatzverhältnis mit dem Endabnehmer.

Letztlich bleibt festzuhalten, daß allein aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 15 GWB nicht entnommen werden kann, der gebundene Absatzmittler müsse eigene Zweitverträge abschließen. Beide Lesarten, die zu Beginn der Analyse aufgezeigt wurden, bewegen sich im Rahmen des Wortsinns. Besteht die Aufgabe der Wortlautinterpretation aber darin, die Grenze einer noch möglichen Bedeutung ausfindig zu machen⁵⁰⁾, so spricht dies für die weitergehende Auslegungsalternative, nach der auch der reine Vertragsabschluß durch den Handelsvertreter vom Wortlaut des § 15 GWB gedeckt ist. Diese Auslegung widerspricht auch nicht dem allgemeinen oder dem besonderen rechtswissenschaftlichen Sprachgebrauch. der Basis der Wortlautinterpretation sein muß⁵¹⁾, soll diese nicht willkürlich sein. Denn hier ist Dreh- und Angelpunkt der unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten,

50) Larenz, Methodenlehre, S. 340; IM-Tiedemann, Vor. § 38 Rdnr. 25, Faller, DB 1972, 1757, 1758; BGHZ 46, 74, 76; KG WuW/E OLG 3457, 3458 - Telefunken II -; BKartA WuW/E BKartA 2125, 2126 - Telefunken II -

51) Larenz, aaO, Faller, aaO

wie aufgezeigt, der Begriff der "Gestaltungsfreiheit". Dieser Ausdruck ist aber vor allem auch nach rechtlichem Sprachgebrauch nicht auf eine rein rechtliche Einflußnahme determiniert ⁵²⁾.

(3) Gegen dieses Auslegungsergebnis könnte jedoch vorgebracht werden, es sei in sich unschlüssig. Denn die zu schützende Gestaltungsfreiheit ist schon aufgrund der Wortlautinterpretation nach wirtschaftlichen Maßstäben zu bestimmen. Allerdings soll dies nur für Abschlußvertreter gelten, nicht für reine Vermittlungsvertreter. Wenn wirtschaftlich gesehen beide Vertragstypen sich in einem Vertriebssystem weitgehend als austauschbar erwiesen, könnte man dies Ergebnis zu Recht als "absurd" bezeichnen ⁵³⁾.

Dieser Einwand berücksichtigt jedoch nicht hinreichend die Unterschiede der beiden Typen von Handelsvertreterverträgen. Vordergründig mögen sie als austauschbar erscheinen: Die Frage, ob rechtlich die Vertriebspartner als Vertreter (Abschlußvermittler) oder als Bote (Vermittlungsvertreter) für den Hersteller tätig werden, scheint ein Problem formaler Vertragsgestaltung zu sein. Dabei wird jedoch übersehen, daß die Abgrenzung zwischen Boten und Stellvertreter nicht rein formal nach der jeweiligen Be-

52) Soweit der BGH aufgrund seines zivilrechtlichen Vorverständnisses demgegenüber von der Erforderlichkeit eines eigenen Vertragsschlusses ausgeht, erscheint dies um so erstaunlicher, als er letztlich diesen Gesichtspunkt nicht als ausschlaggebend ansieht, sondern die fragliche Gestaltungsfreiheit nach wirtschaftlichen Kriterien ermitteln will, vgl. insofern BGH WuW/E BGH 2238, 2243 - EH-Partner Vertrag -

53) So Rittner, DB 1985, 2543, 2546 I. Sp.; vgl. auch Möschel, BB 1985, 1477, 1481

zeichnung erfolgt. Sie richtet sich vielmehr nach dem tatsächlichen Auftreten des Vertriebspartners ⁵⁴⁾. Kennzeichnend für den typischen Stellvertreter ist, daß ihm eigene Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des Geschäftsabschlusses zusteht. In der Regel erstreckt sich dieser Gestaltungsspielraum nicht nur auf die eigentliche Erklärungshandlung, sondern auch auf die dem Geschäftsabschluß vorangehende Prüfung, Bewertung und Entscheidung zur Abgabe oder Annahme eines Vertragsangebots ⁵⁵⁾. Dieser Entscheidungsspielraum fehlt dagegen einem Boten ganz.

In der Praxis erweisen sich die beiden Typen von Handelsvertreterverträgen daher für die Gestaltung von Vertriebssystemen nicht als austauschbar. Soll nach dem jeweiligen Vertriebsvertrag dem einzelnen Absatzmittler faktisch ein entsprechender Entscheidungsspielraum zukommen, ist dieser Abschlußvertreter. Der Anwendbarkeit des § 15 GWB zumindest seinem Wortlaut nach können die Vertragspartner nicht durch eine abweichende interne Vereinbarung entgehen.

Ein Beispiel für eine solche Umstellung liefert der Telefunkenvertrieb: Für den Fall einer ungünstigen BGH-Entscheidung hatte das Unternehmen ein neues Vertriebssystem auf der Basis "reiner Vermittlungsvertreterverträge" geplant ⁵⁶⁾. Kaufwünsche der Kunden sollten über Bildschirmtext (btx) vom Händler an Telefunken übermittelt werden. Die Bestätigung des Kaufs mit Rechnung, ausgestellt von Telefunken, sollte dann umgehend wiederum per btx erfolgen. Auch

54) H. M.: BGHZ 12, 327, 334; Larenz, AT S. 578 f.; Staudinger-Dilcher, Vorbem zu § 164 Rdnr. 74; MK-Thiele., vor § 164 Rdnr. 42-44 m. w. Nachw.; Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx; a. A.: G. Hueck, AcP 152, 433; Staudinger-Coing, 11. Aufl., Vorbem zu § 164 Rdnr. 27

55) Larenz, aaO

56) Vgl. Handelsblatt v. 17. 2. 1986, Nr. 33 S. 14: "Telefunken Fernseh und Rundfunk GmbH, Strategien für die Zeit nach dem BGH-Urteil, Vor Umstellung des Vertriebssystems auf Vermittlungsvertreter-Verträge"

nach dieser Vertriebsvariante hätten die Telefunken-Partner jedoch maßgeblichen Entscheidungsspielraum behalten. Sie hätten nämlich weiterhin über das "ob" des Vertragsschlusses entschieden, insbesondere auch den Vertragspartner bestimmt. Wenn auch T. sich formal die Entscheidung über den Abschluß jedes einzelnen Kaufvertrags vorbehalten wollte, so hätte letztlich doch der einzelne Händler den für einen Vertreter typischen Entscheidungsspielraum gehabt. Da die zu vertreibenden Massenprodukte in den Ladenlokalen der Händler den Kunden angeboten und übereignet werden sollten, wäre kein Grund ersichtlich gewesen, warum T. ein Kaufangebot hätte ablehnen sollen, zumal schon nach den Vertriebsverträgen nur Barverkäufe zulässig sein sollten, also keine Entscheidung über die Kreditwürdigkeit der Kunden getroffen werden mußte.

Die hier vorgeschlagene Norminterpretation führt, wie auch gerade das Beispiel zeigen sollte, nicht zu wirtschaftlich unschlüssigen und willkürlichen Ergebnissen. Ganz im Gegenteil knüpft auch die Unterscheidung zwischen Stellvertreter und Boten an das Maß der jeweils nach außen hin eingeräumten Gestaltungsfreiheit an, entspricht also sogar der kartellrechtlichen Abgrenzung.

Letztlich spricht kein Gesichtspunkt zwingend gegen die weite Wortlautauslegung. Danach können auch solche Vertriebssysteme unter das Preisbindungsverbot fallen, die auf Basis von Abschlußvertreterverträgen organisiert sind⁵⁷⁾. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, daß der Wortlaut lediglich die äußere Auslegungsgrenze ist, die im Rahmen weiterer Inter-

57) Auch der BGH, der den Wortlaut des § 15 GWB enger auslegt, will nicht grundsätzlich Handelsvertreterverträge vom Preisbindungsverbot ausnehmen. Er läßt allerdings offen, auf welchem methodischen Weg dies ggfls. erreicht werden soll: unmittelbare oder analoge Anwendung, allg. Umgebungsverbot; BGH WuW/E BGH 2238, 2243 - EH-Partner-Vertrag -

pretationsschritte möglicherweise enger gesteckt werden muß⁵⁸⁾.

2. Hersteller als gebundenes Unternehmen

Zu erörtern ist aber auch, ob der Hersteller im Rahmen des von ihm initiierten Vertriebssystems möglicherweise Zweitverträge abschließt, hinsichtlich derer er in seiner Gestaltungsfreiheit eingeschränkt wird. Diese Gedanke liegt insbesondere deshalb nahe, weil bei Handelsvertretersystemen der Hersteller auch zivilrechtlich Vertragspartner der Zweitverträge mit den Endverbrauchern wird. Ein Verstoß gegen § 15 GWB ist dann möglicherweise in Betracht zu ziehen, wenn sich ein Hersteller gegenüber sämtlichen Absatzmittlern verpflichtet, die Endverbraucherpreise einheitlich für das gesamte Vertriebssystem festzusetzen. Unabhängig von der Frage, ob die Gestaltungsfreiheit des Herstellers aufgrund einer solchen Vertragsklausel kartellrechtswidrig eingeschränkt ist (siehe dazu unter IV.), kann am Merkmal des Abschlusses von Zweitverträgen hier kein Zweifel bestehen⁵⁹⁾.

Im Vordergrund der Diskussion um preisrelevante Vertriebssysteme steht zwar häufig nur die Frage, ob die relevante Freiheit auf der Absatzmittlerstufe

58) Der Einwand Rittners, DB 1985, 2543, 2546 I. Sp., damit falle praktisch jedes Vertretungsverhältnis unter das Preisbindungsverbot, muß daher noch nicht gegen die bloße Wortlautinterpretation sprechen

59) Vgl. KG WuW/E OLG 3457, 3463 - Telefunken II -; Der BGH, WuW/E BGH 2238, 2243 - EH-Partner-Vertrag, brauchte hierauf nicht einzugehen, da er, anders als das KG, nicht von einer Verpflichtung zur einheitlichen Preisfestsetzung durch Telefunken ausging

beschränkt ist. Dies ist die Folge einer sehr zivilistischen Sicht des § 15 GWB, bei der fast ausschließlich das Verhältnis zwischen preisbindenden und -gebundenen Vertragspartnern Gegenstand der kartellrechtlichen Beurteilung ist. Dabei wird jedoch nicht hinreichend beachtet, daß die Vorschrift nicht nur dem Schutz eines wirtschaftlich schwachen Unternehmens gilt, das sich dem Druck eines Preisbinders beugen muß. Denn die geschützte Gestaltungsfreiheit soll auch im Interesse des freien Wettbewerbs erhalten bleiben. Dies kommt auch im Wortlaut des § 15 zum Ausdruck. Denn das Verbot greift schon ein, wenn Erstverträge "einen Vertragsbeteiligten" in seiner Freiheit zur Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen beschränken. Entscheidend ist daher nicht die **Rollenverteilung** zwischen den Erstvertragspartnern ⁶⁰⁾, insbesondere auch nicht die Frage, ob die Preisbindung erst aufgrund wirtschaftlichen Drucks durchgesetzt werden kann. Vielmehr werden vom Wortlaut auch wechselseitige und wirtschaftliche einverständlich vereinbarte vertikale Preisbindungen erfaßt ⁶¹⁾.

Auch der Hersteller, der zum Vertrieb der von ihm produzierten Waren eine derartige Absatzorganisation selbst aufbaut, kann somit gebundenes Unternehmen i. S. d. § 15 GWB sein.

60) Vgl. schon Begr. z. Reg. Entw. zu § 15 (§ 10 a. F.), BT-Drucks II/1158, Anlage 1 S. 35 unter Nr. 4: "§ 10 verbietet auch Bindungen, die umgekehrt der Käufer dem Verkäufer auferlegt, z. B. des Inhalts, daß der Verkäufer an andere Käufer nur zu bestimmten Preisen verkaufen dürfe." ; s. a. Langen, § 15 Rdnr. 28 f.; IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 53; Brühl, S. 52 f.

61) Brühl, aaO; Langen, § 15 Rdnr. 53

IV. "Preisbindung"

Eine Preisbindung, genauer ausgedrückt, eine "Beschränkung der Freiheit der Gestaltung von Preisen", ist regelmäßig dann zu bejahen, wenn ein Vertriebssystem so ausgestaltet ist, daß der Hersteller die Endverbraucherpreise selbst - wie z. B. beim Telefunkenvertriebssystem - im vollen Umfang festsetzen kann. Im Vordergrund der vorliegenden Untersuchung steht denn auch weniger die Frage, wann rechtstechnisch eine "Preisbindung" vorliegt, als vielmehr die, ob im Rahmen bestimmter Vertriebssysteme rechtstechnisch gegebene Preisbindungen gleichwohl zulässig sind. Erst in zweiter Linie, nämlich für solche Absatzorganisationen, die dem Anwendungsbereich des § 15 GWB nicht entzogen sind, stellt sich die Frage nach den Voraussetzungen einer Preisbindung im rechtstechnischen Sinn. Von Interesse ist insofern vor allem, wann schon im Vorfeld einer Preisfestsetzung durch den Hersteller eine Beschränkung der Freiheit zur Gestaltung der Preise zu bejahen ist (dazu unter 1.). Spezielle Bedeutung für die Beurteilung von Vertriebssystemen kommt weiterhin der Frage zu, ob die einheitliche Festsetzung von Preisen oder zumindest eines einheitlichen Preisniveaus als Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit des Herstellers anzusehen ist und damit unter das Verbot des § 15 GWB fällt (vgl. dazu 2.).

1. Beschränkung der Freiheit der Gestaltung von Preisen

Die Reichweite der mißbilligten Beeinträchtigung der kartellrechtsrelevanten Gestaltungsfreiheit kann aus dem relativ weit gefaßten Begriff der "Beschränkung" nur recht unvollkommen hergeleitet werden. Aus der

Formulierung selbst läßt sich allenfalls folgern, daß § 15 GWB nicht erst dann zur Anwendung gelangt, wenn die maßgebliche Gestaltungsfreiheit völlig ausgeschlossen ist, sondern auch schon bei nur graduellen Einschränkungen. Es ergeben sich weder besondere qualitative noch quantitative Anforderungen für das Eingreifen des Preisbindungsverbots ⁶²⁾. Jede Einschränkung der Gestaltungsfreiheit wird von dieser Formulierung erfaßt. Immer dann, wenn sich eine Vertragsklausel unmittelbar auf die Höhe des Entgelts im Zweitvertrag auswirken kann, ist eine mißbilligte Beschränkung der Gestaltungsfreiheit zu bejahen. Der Preisbegriff wird dabei anknüpfend an den allgemeinen Sprachgebrauch und die zivilrechtliche Definition des Kaufpreisbegriffes in § 433 Abs.2 BGB ⁶³⁾ bestimmt. Hierunter fällt jede Gegenleistung in Geld. Der umfassende Schutz der Freiheit zur Preisgestaltung spiegelt sich auch in den von Rspr. und Lit. gebildeten Fallgruppen wieder:

So fallen neben der Bestimmung von Festpreisen Vereinbarungen über Preisober- und -untergrenzen ⁶⁴⁾ in den Schutzbereich des § 15 GWB.

Eine Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit wird auch angenommen, wenn nur Preisbestandteile vom bindenden Unternehmen vorgegeben werden ⁶⁵⁾. Zu denken ist hier z. B. an die Festlegung von Rabatten, Skonti, Frachtkosten sowie an sog. "Baisseklauseln", der Weitergabe von Preissenkungen für Produkte, die vor der Preissenkung in den Vertrieb geraten sind.

62) Sucker, DB 1976, 181; den umfassenden Schutz vor jeglichen Beschränkungen betonend: BGH WuW/E BGH 1787, 1788 unter 3. - Garant -; IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 55; Loewenheim in Loewenheim/Belke, § 15 Rdnr. 6

63) Vgl. nur Palandt-Putzo, § 433 Anm. 5 a, aa

64) BGHZ 54, 227; 60, 312, 360; WuW/E 1661; aus der Lit.: Brühl, S. 64 f.; FK-Kühlhorn, § 15 Rdnr. 50; IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 56 jeweils mit zahlreichen Hinweisen

65) BGH WuW/E BGH 472, 474 - Agfa-Filme - (Rabatte); BKartA WuW/E BKartA 1023, 1028 - Ofenpreisbindung - (Baisseklaus.); Brühl, S. 70 ff.; FK-Kühlhorn, aaO; IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 56 jeweils mit zahlreichen Hinweisen

Ebenso sind **Kalkulationsklauseln** unzulässig ⁶⁶⁾. Für diese Fallgruppe werden die Begrenzung von Gewinn- und Provisionsspannen, die Bindung an handelsübliche, kostendeckende, marktgerechte oder konkurrenzfähige Preise angeführt. Unzulässig sind dementsprechend auch Klauseln, mit deren Hilfe Lockvogelwerbung ⁶⁷⁾ und Verkäufe unter Einstandspreis ⁶⁸⁾ verhindert werden sollen.

Greift die Vorschrift des § 15 GWB für Vertriebssysteme ein, so ist also eine Festsetzung der Endverbraucherpreise wie auch die Beeinflussung des Preisniveaus auf der Handelsstufe ausgeschlossen. Unter den Wortlaut der Bestimmung fallen insbesondere auch Vereinbarungen, die es sog. "Trittbrettfahren" erschweren, Waren unter dem allgemeinen Preisniveau zu veräußern (Lockvogelwerbung, Verkäufe unter Einstandspreis; vgl. zum Interesse der Hersteller gerade an solchen Klauseln oben S. 29 f.).

Eine Einschränkung der Reichweite des Preisbindungsverbots ergibt sich demgegenüber aus dem Zusammenspiel der Tatbestandsmerkmale des § 15 GWB. Charakteristisch für die von der Vorschrift erfaßten Wettbewerbsbeschränkungen ist nämlich, daß sie in Erstverträgen vereinbart werden und sich in Zweitverträgen auswirken. Dieser Zusammenhang findet seinen Niederschlag deutlich im Wortlaut der Vorschrift, wenn es dort heißt: "Verträge zwischen Unternehmen ... sind nichtig, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen ... bei solchen Verträgen...beschränken, die er mit Dritten ... schließt". Daraus folgt, daß die Vorschrift nur dann angewandt werden kann, wenn die Wettbewerbsbeschränkung sich schon aus dem Erstver-

66) KG WuW/E OLG 1465, 1466 - Kalkulationsklausel - ; 1553 - Kalkulationsklausel - ; 2205 - Jeans - ; Brühl, S. 76 ff.; FK-Kühlhorn, aaO; IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 56 jeweils mit zahlreichen Hinweisen

67) OLG München WuW/E OLG 1787, 1792 - Flötzingen-Bräu - ; Langen, § 15 Rdnr. 53; FK-Kühlhorn, § 15 Rdnr. 50; IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 58

68) Emmerich, aaO

trag ergibt. Keine Fälle des Preisbindungsverbots sind solche Beschränkungen der Gestaltungsfreiheit, die mittels rein tatsächlichen Verhaltens durchgesetzt werden ⁶⁹. Die Ausübung tatsächlichen Drucks, insbesondere wenn er von marktmächtigen oder marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht, fällt nicht in den Anwendungsbereich des § 15 GWB, sondern in den der §§ 25 Abs. 1, 26 Abs. 2, 22 Abs. 5 GWB.

Dies hat auch für die Ausgestaltung von Vertriebssystemen Bedeutung. Vertragsbestimmungen, die lediglich mittelbar auf die Preisbildung der Vertriebspartner einwirken, fallen nicht unter das Preisbindungsverbot ⁷⁰.

Die Hersteller können also die Abgabemengen für die einzelnen Vertriebspartner beschränken, eine Vereinbarung, die sicherlich geeignet ist, mittelbar auf die Preissetzung einzuwirken ⁷¹. Hier ist allerdings die Grenze des Diskriminierungsverbots zu beachten. Im Rahmen der Prüfung des § 15 GWB erscheinen auch Klauseln unbedenklich, aufgrund derer die Handelspartner lediglich verpflichtet werden, dem Hersteller die angewandten Preise und Kalkulationen aufzudecken ⁷². Denn allein solche Vereinbarungen wirken sich noch nicht auf die Preisbildung der Handelsstufe aus. Sie können jedoch Indiz für eine unzulässige Druckausübung gemäß § 25 Abs. 1 GWB sein. Ein Hersteller, der Normadressat des § 26 Abs. 2 GWB ist, wird zudem nicht allein unter Hinweis auf die so in Erfahrung gebrachte Preispolitik seines Händlers die Fortsetzung der Belieferung verweigern können ⁷³. Bei der Einräumung eines Mitspracherechts ist dagegen die Grenze des § 15 GWB überschritten ⁷⁴. Eine Einwirkung auf die Preisgestaltung ist

69) Siehe nur Langen, § 15 Rdnr. 46; Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen Rdnr. 384

70) Langen, § 15 Rdnr. 49; IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 17; FK-Kühlhorn, § 15 Rdnr. 46; a. A. Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 12, allerdings in einem Zeitpunkt, zu dem die Vorschrift des § 25 GWB noch nicht in der heutigen Fassung existierte

71) Zur ähnlichen Problematik von Kapazitätsbeschränkung siehe die in Fn. 70 Genannten

72) FK-Kühlhorn, § 15 Rdnr. 46; KG WuW/E OLG 1780, 1783 - Krautwatten -; EKartA TB 1976 S. 49; Brühl, S. 80

73) So jetzt ausdrücklich BGH WuW/E BGH 2238, 2246 - Telefunken-Partner-Verträge -

74) Zutreffend Brühl, S. 80

hier schon im Erstvertrag angelegt. Sie wird lediglich erst bei der Ausübung des Mitspracherechts realisiert.

Muß eine Preisbindung danach schon Bestandteil der Vereinbarungen des Erstvertrags sein, so ist es doch nicht erforderlich, daß sie auch rechtlich durchsetzbar ist. § 15 GWB findet vielmehr auch auf wirtschaftliche Bindungen (in einem Vertrag) Anwendung. Dies ergibt sich im Rückschluß aus den Ausnahmenvorschriften zum Preisbindungsverbot, nämlich aus den §§ 16, 100 Abs. 3 GWB ⁷⁵⁾. Denn der Begriff der "Beschränkung" wird in diesen Bestimmungen durch folgende, im wesentlichen gleiche Formulierung aufgenommen: § 15 GWB gelte nicht, soweit bestimmte (privilegierte) Unternehmen ihre Vertragspartner "... rechtlich oder wirtschaftlich binden, bei der Weiterveräußerung bestimmte Preise zu vereinbaren ...". Danach ist also zwischen zwei Arten von Preisbindungen zu unterscheiden, je nachdem, ob das gebundene Unternehmen mit rechtlichem Zwang ⁷⁶⁾ (rechtliche oder synallagmatische Bindung ⁷⁷⁾) oder wirtschaftlichen Sanktionen ⁷⁸⁾ (wirtschaftliche oder konditionelle Bindung ⁷⁷⁾) dazu angehalten wird, die vereinbarte Preisgestaltung einzuhalten.

-
- 75) Vgl. schon BGH WuW/E BGH 251, 256 f. - 4711 - sowie Langen, § 15 Rdnr. 46; FK-Kühlhorn, § 15 Rdnr. 46; Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen, Rdnr. 384; Brühl, S. 54
- 76) Bspl.: Erfüllungsanspruch, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Vertragsstraferegelungen, Kündigungsklauseln
- 77) Zum Sprachgebrauch siehe IM-Emmerich § 15 Rdnr. 16
- 78) Bspl.: wirtschaftliche Nachteile, Verwirkung entsprechender Vorteile; Hauptanwendungsfall in der Rspr. bisher: Meistbegünstigungsklauseln, zuletzt BGH WuW/E BGH 1787, 1790 - Garant -

2. Einheitliche Vertriebspreise

Vor allem dann, wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung § 15 GWB schon dem Wortlaut nach nicht auf Agenturvertriebssysteme anwenden will, stellt sich die Frage nach einer Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit des Herstellers. Enthalten nämlich die Vertriebsverträge (Erstverträge) eine Regelung, nach der der Hersteller vertreten durch seine Handelsvertreter allen Endverbrauchern gleiche Preise einzuräumen verspricht (Zweitvertrag zwischen Hersteller und Verbraucher) ⁷⁹⁾, so könnte hierin eine Preisbindung gegenüber dem Hersteller gesehen werden. Die Situation ähnelt der einer Meistbegünstigungsklausel, aufgrund derer ein Hersteller sich verpflichtet, einem mächtigen Abnehmer jeweils die günstigsten Preise und Konditionen einzuräumen. Bei der hier aufgezeigten Vertriebskonstruktion will der Hersteller allen Abnehmern gleiche Preise abverlangen.

a. Rechtliche Bindung

Im Falle der Meistbegünstigung hat der BGH schon eine rechtliche Beschränkung der Preisgestaltungs-

79) Eine vergleichbare Klausel enthielten beispielsweise die von Telefunken zunächst vereinbarten Kommissionsagenturverträge in § 5, abgedruckt in WuW/E BKartA 1935, 1936: "Die jeweils gültigen Preise werden als ENDVERBRAUCHER-BARFREISE im Rahmen der Telefunken-PARTNER-NACHRICHTEN dem EH-PARTNER bekanntgegeben. TELEFUNKEN wird Änderungen der ENDVERBRAUCHER-BARFREISE jeweils nur zu Beginn eines Monats-Abrechnungszeitraumes durchführen." In seiner Telefunkenentscheidung hat der BGH die Frage einer Bindung offenlassen können, weil sich nach seiner Auffassung aus den neu eingeführten Agenturverträgen keine entsprechende Pflicht für Telefunken entnommen werden konnte, BGH WuW/E BGH 2238, 2245

freiheit annehmen wollen⁸⁰⁾. Sie müsse darin gesehen werden, daß es dem Hersteller nach der Vertragsbestimmung nicht erlaubt sei, nicht begünstigten Unternehmen bessere Preise zu gewähren als dem begünstigten. Auch die Befugnis, einem Abnehmer günstigere Konditionen als einem anderen einzuräumen, sei aber Bestandteil der Preisgestaltungsfreiheit i. S. d. § 15 GWB⁸¹⁾. Das Preisbindungsverbot schütze und gewährleiste auch eine Absatzpolitik, die sich solche Verhaltensspielräume zunutze mache⁸²⁾. Für diese weite Auslegung führt der BGH Normzweck und Wortlaut ins Feld, wonach, wie schon oben aufgezeigt, die Freiheit zur Gestaltung der Preise umfassend geschützt werde. Nach diesen Kriterien müßte auch die einheitliche Festlegung von Preisen innerhalb eines Vertriebssystems die Gestaltungsfreiheit des initiiierenden Herstellers beeinträchtigen. Denn er gäbe gerade dieses Absatzinstrumentarium aus der Hand⁸³⁾.

Selbst wenn der Wortlaut der Vorschrift einen umfassenden Schutz der Preisgestaltung gebietet, ergeben sich Bedenken gegenüber der Auffassung des BGH. Denn sowohl im Falle einer Meistbegünstigungsklausel als auch bei einer Festlegung einheitlicher Preise im Rahmen eines Vertriebssystems ist der jeweilige Her-

80) BGH WuW/E BGH 1787, 1788 ff. - Garant -

81) Ebenso BKartA WuW/E BKartA 1583, 1584 - Metro -; Sucker, DB 1976, 181, 182; zustimmend Rinck/Schwark, Rz. 378; Möschel, Wettbewerbsbeschränkungen Rdnr. 384; FK-Kühlhorn, § 15 Rdnr. 55; wohl auch Loewenheim in Loewenheim/Beike, § 15 Rdnr. 11

82) BGH aaO S. 1789

83) Zu diesem Ergebnis gelangt auch das KG hinsichtlich des Telefunken-Agenturvertragssystems. Im Gegensatz zum BGH meinte das Gericht eine Verpflichtung zu einheitlichen Vertriebspreisen feststellen zu können, siehe WuW/E OLG 3457, 3463.

steller rechtlich nicht gehindert, einen Preis in - beliebiger Höhe festzusetzen. Das KG ⁸⁴ und ein Teil der Lit. ⁸⁵ nehmen daher auch an, daß von derartigen Klauseln nicht eine rechtliche, sondern allenfalls eine wirtschaftliche Bindung ausgehen könne. Zur Begründung hierfür wird angeführt, daß § 15 GWB nicht die unternehmerische Preisgestaltungsfreiheit schlechthin schütze ⁸⁶. Davon gehe aber der BGH aus, der auf den absatzpolitischen Aspekt differenzierender Preisbildung abstelle. Vielmehr könne nur der jeweilige, isoliert zu betrachtende Zweitvertrag Gegenstand einer Preisbindung i. S. d. § 15 GWB sein. Das setze voraus, daß für dessen Abschluß ein der Höhe nach bestimmter Preis oder zumindest ein preisbildender Faktor im Erstvertrag festgelegt sei ⁸⁷.

Diese Auslegung wird jedoch dem Wortlaut des § 15 GWB nicht gerecht. Fraglich ist schon, ob der weite Begriff der Gestaltungsfreiheit dermaßen eng auf die Möglichkeit begrenzt werden kann, nur bestimmte Preise festzulegen. Ausschlaggebend ist jedoch, daß die Preisgestaltungsfreiheit nicht isoliert auf einen einzigen Zweitvertrag bezogen ist. Nach der Gesetzesformulierung soll sie vielmehr für eine Vielzahl noch abzuschließender Verträge geschützt werden, wenn es dort heißt: "Verträge zwischen Unternehmen ... sind nichtig, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen ... bei solchen Verträgen beschränken, die er mit Dritten schließt ...". Die Schutzrichtung des

84) WuW/E OLG 2240, 2242 - Schuheinkaufsgemeinschaft -

85) IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 59, ders., Kartellrecht S. 102; Brühl, S. 87 ff.; Apel, DB 1976, 2193 f.; Trautmann, WuW 1976, 285 ff.

86) Brühl, S. 89

87) WuW/E OLG 2240, 2241 - Schuheinkaufsgemeinschaft -

§ 15 GWB zielt also seinem Wortlaut nach schon auf die Preisgestaltungsfreiheit im Rahmen eines Systems von Zweitverträgen. Für die vertikale Preisbindung ist es geradezu charakteristisch, daß sie auf eine Mehrzahl zukünftiger Geschäftsabschlüsse gerichtet ist⁸⁸⁾. Erst dieser Umstand hat - das zeigt die Geschichte vertikaler Preisbindungen - ein kartellrechtliches Einschreiten gegen solche Bindungen veranlaßt⁸⁹⁾. Die Diskussion entzündete sich immer an Preisbindungssystemen, vornehmlich im Bereich des Markenartikel- und Buchvertriebs, die bekämpft werden sollten. Dies läßt sich bis zur Salem-Gold-Entscheidung des Reichsgerichts im Jahre 1916 zurückverfolgen. Spricht der Wortlaut der Vorschrift also schon dafür, daß die zu schützende Gestaltungsfreiheit auf ein System von Zweitverträgen gerichtet sein kann, so bestätigt auch die Entstehungsgeschichte diese Interpretation. Mit dem BGH ist danach davon auszugehen, daß § 15 GWB auch die Freiheit unterschiedlicher Preisfestsetzung schützt. Verpflichtet sich aber ein Hersteller in Vertriebsverträgen, von allen Endabnehmern gleiche Preise zu verlangen, so liegt hierin eine rechtliche Bindung im oben genannten Sinn. Es kommt nicht darauf an, ob die Bindung einem Unternehmen, hier dem Hersteller, auferlegt wird⁹⁰⁾. Auch eine Beschränkung der eigenen Gestaltungsfreiheit fällt unter das Preisbindungsverbot.

b. Wirtschaftliche Bindung

Selbst wenn man entgegen der Auffassung des BGH die

88) GK-Schwartz, § 16 Rdnr. 20

89) Vgl. schon oben Teil 1, A, I

90) Vgl. oben III, 2.

Freiheit zu unterschiedlicher Preisfestsetzung nicht vom Schutz des § 15 GWB erfaßt ansieht, so ist doch noch eine wirtschaftliche Bindung des Herstellers in Betracht zu ziehen. Denn nach der inzwischen wohl h. M. liegt eine solche wirtschaftliche Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit nicht nur vor, wenn der Erstvertrag für die Einhaltung der Preisbindung oder für einen Verstoß gegen eine solche Abrede nachteilige oder vorteilhafte Sanktionen in Aussicht stellt. Wegen des weiten Wortlauts des Preisbindungsverbots, das lediglich auf eine (objektiv gegebene) Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit abstellt, enthält ein Erstvertrag schon dann eine wirtschaftliche Bindung i.S.d. GWB, wenn einer der beiden Vertragspartner bei der Gestaltung der Konditionen gegenüber seinen Kunden die wirtschaftlichen Folgen von Preiserhöhungen oder -senkungen "vernünftigerweise beachten" muß⁹¹⁾. Dabei kommt es nicht darauf an, daß eine Absicht zur Beeinflussung der Preise nachgewiesen werden kann. Solche subjektiven Merkmale sind der Vorschrift des § 15 GWB fremd⁹²⁾. Erstvertragsklauseln, aufgrund derer sich ein Hersteller im Rahmen eines Vertriebssystems verpflichtet, Einheitspreise für bestimmte Produkte vom Endverbraucher zu verlangen, erfüllen diese Voraussetzungen. Der Hersteller ist hier zwar berechtigt, die Preise der Höhe nach zu verändern. Jede Veränderung bringt jedoch den Zwang mit sich, im gesamten Vertriebssystem die Preise für das jeweilige Produkt

-
- 91) BGH WuW/E BGH 1787, 1788 ff. - Garant - ; KG WuW/E OLG 2240. 2242 f. - Schuheinkaufsgemeinschaft -; Rinck/Schwarz, Rz. 378; IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 59; Langen, § 15 Rdnr. 47 a. E.; Brühl, S. 90 f.; a. A. noch Hermanns, WuW 1968, 671, 673; Trautmann, WuW 1976, 285, 288 und GK-Schwartz (2. Lief., 1972 (!)), § 15 Anm. 14
- 92) Siehe insbesondere BGH WuW/E BGH 1787, 1788 ff. - Garant -

anzupassen. Insofern gehen die faktischen Wirkungen solcher Vertriebssystem weit über die Bindungen hinaus, die Meistbegünstigungsklauseln mit sich bringen⁹³. Denn solche Vorzugsbedingungen werden meist nur einzelne, nachfragestarke Unternehmen durchsetzen können. Preissenkungen gegenüber einzelnen Nachfragern wirken sich daher im Falle von Meistbegünstigungsklauseln typischerweise nur auf einen Ausschnitt der Kundenbeziehungen, nämlich auf die Vertragsabschlüsse mit meistbegünstigten Unternehmen, aus, nicht jedoch auf den gesamten Warenvertrieb eines Herstellers.

Zumindest unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Bindung des Herstellers beschränken Bestimmungen in Vertriebsverträgen, die eine einheitliche Preisfestsetzung innerhalb des Absatzorganisation vorschreiben, die Preisgestaltungsfreiheit des Herstellers⁹⁴. Oeller hat einen solchen Verstoß gegen das Preisbindungsverbot in jüngster Zeit recht plastisch als "umgekehrte" Preisbindung⁹⁵ zwischen Unternehmer und Handelsvertreter bezeichnet. Selbst die Vertreter der Auffassung, die die Möglichkeit zu differenzierender Preissetzung durch den Hersteller nicht unmittelbar vom Schutz des § 15 GWB erfaßt sehen wollen, beziehen diese gravierenderen Fälle der Beschränkung der Freiheit zu unterschiedlicher Preis-

-
- 93) Darüber, daß diese Klauseln regelmäßig unter das Preisbindungsverbot fallen, besteht heute praktisch kein Streit mehr (vgl. die in Fußn. 91 Genannten)
- 94) Dahingehend ist möglicherweise auch die Formulierung in der Telefunkenentscheidung des BGH (WuW/E BGH 2238, 2245 f.) zu verstehen, wonach "eine weitergehende Verpflichtung zur Preiseinheitlichkeit ... möglicherweise mit § 15 GWB unvereinbar" wäre. Der BGH konnte die Frage hier offenlassen, weil er eine entsprechende Verpflichtung den Telefunkenverträgen nicht entnehmen konnte.
- 95) BB 1987, 765 ff.

bildung faktisch mit in den Schutzbereich der Norm ein.

Kartellrechtlich sind derartige Einheitspreisklauseln auch nicht aufrechtzuerhalten, wenn sie von marktmächtigen Unternehmen, also den Adressaten der Vorschrift des § 26 Abs. 2 GWB, verwandt werden. In Lit. und Rspr. ist zwar anerkannt, daß Preisbindungsverträge dann nicht gegen § 15 GWB verstoßen, wenn das Diskriminierungsverbot gerade den Abschluß solcher Vereinbarungen gebietet ⁹⁶. Es ist jedoch nicht ersichtlich, daß § 26 Abs. 2 GWB zwingend den Vertrieb zu gleichen Preisen vorschreiben könnte, ohne Rücksicht auf die örtliche und personelle Konkurrenzsituation der Vertriebspartner ⁹⁷.

-
- 96) Vgl. zum angesprochenen Problemkreis "leistungsbezogener" Meistbegünstigungsklauseln nur BGH WuW/E BGH 1787, 1792 - Garant - und Brühl, S. 95 ff. mit weiteren Hinweisen auf Rspr. u. Lit. in Fußn. 168, 169, der sich allerdings gegen diesen Grundsatz wendet.
- 97) Dies wird gerade in der Telefunkenentscheidung des BGH (WuW/E BGH 2238, 2246) deutlich. Das praktizierte Vertriebssystem hielt das Gericht hier insbesondere auch deshalb für zulässig, weil nicht auszuschließen war, daß Telefunken in Ballungsgebieten mit ausgeprägtem Preiswettbewerb auch niedrigere Endverbraucherpreise vorsehen konnte. Der BGH hatte aber schon 1979 festgestellt, daß Telefunken marktmächtiges Unternehmen ist (BB 1980, 62 f.). Eine Pflicht zur einheitlichen Preisfestsetzung durch den Hersteller läßt sich auch nicht aus seiner Treupflicht gegenüber den Handelsvertretern herleiten, so zutreffend Oeller, BB 1987, 765 ff.

V. Zusammenfassung

Nach dem Wortlaut des § 15 GWB können auch Preisbindungen im Rahmen von Agenturvertriebssystemen unter das Preisbindungsverbot fallen.

Probleme haben sich insoweit vor allem hinsichtlich des Tatbestandmerkmals des Abschlusses von Zweitverträgen ergeben.

Nach dem Ergebnis der Untersuchung können reine Vermittlungsvertreter Zweitverträge i. S. d. § 15 GWB nicht abschließen.

Ohne größere Schwierigkeiten lassen sich dagegen solche Vertriebssysteme unter das Preisbindungsverbot subsumieren, in denen nach dem Vertragsinhalt der Hersteller verpflichtet (gebunden) ist, einheitliche Endabnehmerpreise für das gesamte Vertriebssystem zu fordern ("umgekehrte Preisbindung").

Läßt sich aber, wie im Falle Telefunken, eine solche Vereinbarung nicht feststellen, kommt es für die Wortlautinterpretation auf die Frage an, ob Handelsvertreter, die nicht selbst Vertragspartner des Zweitvertrages werden, Zweitverträge i. S. d. § 15 GWB abschließen können. Ergebnis der Auslegung ist auch hier, daß Handelsvertreterverträge unter den Wortlaut des § 15 GWB fallen können. Es ist lediglich erforderlich, daß der Absatzmittler den Vertragsschluß selbst herbeiführt, ohne aber Vertragspartner im zivilrechtlichen Sinn werden zu müssen.

Es wird dabei allerdings keineswegs übersehen, daß ein solches Interpretationsergebnis, nach dem schon jede Vertretungshandlung als Abschluß eines Zweitvertrages angesehen werden kann, nicht die endgültige kartellrechtliche Abgrenzung beinhalten kann. Dieses vorläufige Resultat kann vielmehr nur die

Grundlage und der äußerste Rahmen für die erforderliche historische, systematische und teleologische Interpretation des Preisbindungsverbots.

Abschließend sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß auch der BGH, der in seiner Telefon-Entscheidung von einer engeren Wortlautinterpretation ausgeht, es ablehnt, allein aus diesem Grund das Preisbindungsverbot auf Agenturvertragssysteme nicht anzuwenden ⁹⁸⁾. Für die Ermittlung der Reichweite des § 15 GWB soll mithin auch nach der Auffassung des Kartellsenats der Sinn und Zweck dieser Vorschrift von ausschlaggebender Bedeutung sein.

-
- 98) In BGH WuW/E BGH 2238, 2243 wird darauf hingewiesen, daß trotz entgegenstehenden Wortlauts "gleichwohl ... die Untersagungsverfügung ... zu Recht ergangen" wäre, wenn die Betroffenen nur die "äußere Form von Handelsvertreterverträgen" bei der Gestaltung der Vertriebsverträge gewählt hätten. Das Gericht läßt insoweit ausdrücklich offen, ob die Vorschrift des § 15 GWB in einem solchen Fall direkt oder analog anzuwenden gewesen wäre oder ob die fraglichen Vertragsbestimmungen wegen einer Umgehung des Verbots nichtig gewesen wären.

C. Entstehungsgeschichte

Im Kartellrecht wird der Entstehungsgeschichte des GWB eine besondere Bedeutung zugemessen ¹⁾. Bei der Frage, ob auch Handelsvertreterverhältnisse dem Preisbindungsverbot unterliegen können, wird dies augenscheinlich. Die Regierungsbegründung zur Entwurfsfassung des § 15 GWB, zu § 10, nimmt das Problem ausdrücklich auf ²⁾:

"Dagegen fallen unter § 10 grundsätzlich nicht Bindungen, die der Auftraggeber seinem Agenten über die Durchführung des Geschäfts auferlegt. Der Agent vermittelt den Abschluß von Verträgen seines Auftraggebers über Waren oder gewerbliche Leistungen, oder er wird als Bevollmächtigter seines Auftraggebers tätig. Der Agenturvertrag ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbearbeitung zum Gegenstand hat (§§ 611 ff., 675 BGB). Bindungen im Rahmen eines solchen Rechtsverhältnisses (z. B. in Ansehung der von dem Agenten mit Dritten zu vereinbarenden Preise oder ...) sind daher als typischer Bestandteil dieses Dienstvertrages zulässig. Das darf allerdings nicht dazu führen, Austauschvorgänge, die sich regelmäßig auf der Grundlage von Kaufverträgen abwickeln, zwecks Umgehung in die Form eines Agenturverhältnisses zu kleiden. Es wird Aufgabe der Rechtsprechung sein, eine derartige Umgehung des § 10 zu verhindern."

Für die Reichweite des Preisbindungsverbots werden aus dieser Gesetzesbegründung sehr unterschiedliche Folgerungen gezogen.

I. Generelle Ausnahme

Möschel gibt zu bedenken, ob wegen der Formulierung, daß Handelsvertreterbindungen "grundsätzlich" nicht unter das Preisbindungsverbot fielen, solche Verträ-

1) Vgl. nur Pfeiffer, in *Schwerpunkte des Kartellrechts* 1978/79, S. 1, 10

2) BT-Drucks. II/1158, Anlage 1 S. 30

ge nicht generell dem Anwendungsbereich des § 15 GWB entzogen sein sollten³⁾. Die Wendung "grundsätzlich nicht" könne nämlich unterschiedlich aufgefaßt werden. Nach süddeutschem Sprachgebrauch enthalte sie ein Bekräftigung i. S. v. "nie". Die norddeutsche Lesart verbinde mit dem Ausdruck ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Ohne diese feinen Schattierungen des Nord-Süd-Sprachgefälles weiter vertiefen zu wollen⁴⁾, kann diese Frage schon aus dem Zusammenhang des zitierten Textes beantwortet werden. Denn die Begründung enthält eine Regel, nämlich daß Handelsvertreterverhältnisse nicht unter das Preisbindungsverbot fallen sollen. Als Ausnahme hiervon sollen allerdings Umgehungsfälle kartellrechtlich sanktioniert werden. Damit hat der Gesetzgeber aufgezeigt, daß er zwar das zivilrechtliche Weisungsrecht des Geschäftsherrn respektiere. Er hat jedoch die Augen nicht vor der Tatsache verschlossen, daß so Umgehungsmöglichkeiten eröffnet werden könnten. Handelsvertreterverträge können unter bestimmten Umständen also unter das Preisbindungsverbot fallen.

II. "Vertragsfremde" Bindungen

Davon geht auch Rittner aus, der sich besonders eingehend mit der Entstehungsgeschichte der §§ 15 und 18 GWB auseinandergesetzt hat⁵⁾. Allerdings will er den Ausnahmebereich stark einschränken. Nur solche Preisbindungen im Rahmen eines Handelsvertretervertrages, die dem Vertragszweck "völlig fremd" sei-

3) Möschel, BB 1985, 1477, 1479 Fn. 29

4) Im juristischen Sprachgebrauch, der auch für Gesetzesbegründung vorausgesetzt werden kann, wird die Wendung "grundsätzlich" wohl "generell" im norddeutschen Sinn verstanden

5) Rittner, ZHR 135 (1971), 288, 305 f.; ders., DB 1985, 2543, 2546 f.

en, könnten dem Preisbindungsverbot unterliegen. Die Entstehungsgeschichte lege es nahe, weitestgehend Agenturverträge nicht nach § 15 GWB zu behandeln. Ausnahmen von diesem Grundsatz könnten danach nur sehr restriktiv zugelassen werden. Diese Auffassung wird zwar scheinbar durch eine einleitende Passage in der Gesetzesbegründung gestützt ⁶⁾. Für den vornehmlich interessierenden Fall, daß Kaufverträge zur Umgehung des Preisbindungsverbotes in das Gewand von Agenturverträgen gekleidet werden, besagt dies wenig. Denn es geht gerade um die Frage, ob Agenturverhältnisse dann wie Kaufverträge behandelt werden sollen. Hier muß auf die anfangs zitierte Stelle der Gesetzesbegründung zurückgegriffen werden. Deren Quintessenz ist jedoch, daß der Gesetzgeber sich in der Beurteilung solcher Fälle nicht festlegen wollte. Die Aufgabe, geeignete Abgrenzungskriterien zu entwickeln, ist dort der Rechtsprechung überlassen. Der Gesetzgeber hat sich also in der Beurteilung von Preisbindungen im Rahmen von Agenturverhältnissen bewußt zurückgehalten. Für die Reichweite des § 15 GWB ergibt sich insofern wenig Konkretes, will man den Aussagewert der Begründung nicht überspannen. Es hat den Anschein, daß eher eine problematische Aus-

- 6) Vgl. BT-Drucksache II/1158 Anlage 1 S. 26 unter I 2:
"...In vielen Fällen, so beim Konkurrenzverbot, beim Agenturvertrag, besteht ein wirtschaftlich und rechtlich anzuerkennendes Bedürfnis für derartige Bindungen (gemeint sind vertikale) *.
Einer bestimmten Gruppe dieser Verträge nimmt sich jedoch das Gesetz in den §§ 10 bis 16 des Zweiten Abschnittes an. Folgendes Merkmal ist ihnen gemeinschaftlich:
Beim Abschluß eines Vertrages (z. B. Kauf, Miete, Pacht, ...) dringt eine Partei - meist unter Ausnutzung einer tatsächlichen oder rechtlichen Monopolstellung - in einen Bezirk geschäftlicher Interessen ein, der dem Vertragszweck völlig fremd ist, den das Recht für diesen Vertragstypus als Regelfall unterstellt..." (Klammerzusatz * zur Verdeutlichung eingefügt).

legungsfrage aufgeworfen, als daß sie entschieden werden sollte. Eine Beurteilungstendenz, wie sie Rittner der Begründung entnehmen will, läßt sich daher nicht feststellen.

III. Umgehungsgedanke als Abgrenzungskriterium

Nach der Begründung soll erreicht werden, daß "Umgehungen" des Preisbindungsverbots ausgeschlossen werden. Hieraus könnten sich möglicherweise Anhaltspunkte für die Auslegung des Preisbindungsverbotes ergeben.

Rittner ⁷⁾ schließt daraus, daß Agenturverhältnisse zumindest nicht unter den Wortlaut des § 15 GWB fallen könnten. Denn eine Umgehung komme schon rein begrifflich nur dann in Betracht, wenn der zu prüfende Sachverhalt, hier das Agenturverhältnis, nicht ausdrücklich von der Gesetzesformulierung erfaßt werde. Er sieht sich daher in seiner Ansicht bestätigt, daß Handelsvertreter keine Zweitverträge i. S. d. § 15 abschließen könnten ⁸⁾. Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. Denn entscheidend für die Annahme, Handelsvertreterverträge fielen nicht unter das Preisbindungsverbot, war nicht die Wortlautfassung der Vorschrift. Vielmehr wird die Freistellung von Agenturverträgen in den Gesetzesmaterialien damit begründet, daß bei derartigen Verträgen ein "rechtlich und wirtschaftlich anzuerkennendes Bedürfnis" für Preisweisungen bestehen könne ⁹⁾. Solche Bindungen seien daher als "typischer Be-

7) Rittner, DB 1985, 2543, 2546; ders., in ZHR 135 (1971), 289, 305 f.

8) Vgl. schon oben A III 1 a

9) S. Zitat in Fn. 6

standteil" der genannten Vertragsart grundsätzlich zu akzeptieren ¹⁰⁾. Unter Umgehungen können danach aber auch Fallgestaltungen verstanden werden, in denen mißbräuchlich der Umstand ausgenutzt wird, daß bei bestimmten Vertragstypen grundsätzlich Preisbindungen aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen akzeptiert werden, obwohl sie tatbestandsmäßig unter das Preisbindungsverbot fallen. Es erscheint daher äußerst zweifelhaft, ob mit Rittner aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut "eindeutig" übereinstimmende Auslegungsgesichtspunkte entnommen werden können ¹¹⁾.

Weist der Gesetzgeber den Gerichten die Aufgabe zu, Umgehungen zu verhindern, so könnte dies als methodischer Fingerzeig für die Auslegung angesehen werden. Faßt man nämlich den Begriff der Umgehung hier rechtstechnisch i. S. einer bewußten Aushöhlung der Verbotsnorm des § 15 GWB auf ¹²⁾, so könnten Handelsvertreterverträge nur in extremen Ausnahmefällen unter das Verbot fallen, nämlich dann, wenn den Vertragspartnern eine entsprechende Absicht nachgewiesen werden könnte. Ohne an diesem Ort schon im einzelnen auf den methodischen Ansatz eingehen zu wollen, läßt sich doch für die Gesetzesbegründung nicht

10) Vgl. Zitat zu Fn. 1

11) Dagegen sehr kritisch schon Ulmer, WuW 1971, 878, 879 Fn. 9a: Rittners Auslegung sei geprägt durch sein eigenes Vorverständnis, daß jedoch für den Leser nicht aufgedeckt werde

12) In der Lit. greifen für die Beurteilung von Preisbindungen im Rahmen von Vertriebssystemen auf diesen Ansatz beispielsweise zurück: FK-Kühlhorn, § 15 Tz. 23; Hertz-Eichenrode, WuW 1983, 783 ff.; Riesenkampf, BB 1984, 2026, 2030; Kroitzsch, WuW 1981, 687, 692 ff.; kritisch grundsätzlich zum Kriterium eines Umgehungsverbots Baur, BB 1985, 1821, 1823

eine derartige rechtstechnische Sicht feststellen. Der historische Gesetzgeber scheint vielmehr nur von der Sorge geleitet worden zu sein, daß mittels Agenturverträgen **tatsächlich** das Preisbindungsverbot umgangen werden könnte (Ersetzung von Kaufverträgen durch Agenturverhältnisse). Die rechtliche Behandlung solcher Fälle sollte den Gerichten überlassen bleiben. Die Gesetzesbegründung will also auch insoweit keine Vorentscheidung treffen.

IV. Vertragstypenorientierte Auslegung

Die Gesetzesbegründung zu § 10 Entw. (heute § 15 GWB) wird häufig mit dazu herangezogen, die Reichweite des Preisbindungsverbots orientiert an den unterschiedlichen handelsrechtlichen Vertragstypen zu bestimmen. Dies wird sehr deutlich in den diversen Telefunkenentscheidungen. Nach Auffassung des KG und des BKartA ¹²⁾ kam es auf die Frage an, ob ein typischer Handelsvertretervertrag zwischen Telefunken und seinen Handelspartnern abgeschlossen worden war. Demgegenüber stellte der BGH darauf ab, ob die vereinbarte Risikoverteilung der eines Agenturverhältnisses entsprach ¹³⁾. Diese im Ergebnis zwar unterschiedlichen Entscheidungen weisen also eine Gemeinsamkeit auf. Sie wollen für die kartellrechtliche Bewertung des Vertriebssystems an eine jeweils als typisch oder untypisch angesehene Gestaltung der Verträge anknüpfen. Diese werden an der handelsrechtliche Regelung des Agenturvertrages gemessen. Auf den ersten Blick scheint die Gesetzesbegründung

12) KG WuW/E OLG 3457, 3459 ff.; BKartA WuW/E BKartA 2125, 2128 ff.

13) BGH NJW 1986, 2954 m. Anm. Schwark, S. 2957, der sich gegen diesen zivilistischen Ansatz wendet

eine solche Vorgehensweise zu tragen. Denn auch sie knüpft ja ausdrücklich an den Handelsvertretervertrag an (vgl. oben). Allerdings wird das Agenturverhältnis eher beispielhaft aufgeführt. Dies wird klar, führt man sich folgenden zentralen Satz vor Augen: "Bindungen im Rahmen eines solchen Rechtsverhältnisses (z. B. in Ansehung der von dem Agenten mit Dritten zu vereinbarenden Preise...) sind daher als typischer Bestandteil dieses **Dienstvertrages** zulässig." Im Gegensatz zur zitierten Rechtsprechung wird der Vertragstyp nur zur Verdeutlichung herangezogen. Für den historischen Gesetzgeber war er indes nicht Leitbild für die Bestimmung der Reichweite des § 10 Entw. Gerade der Hinweis auf die Umgehungsgefahr zeigt zudem die Skepsis gegenüber einer zu sehr (zivil-) rechtlich geprägte Grenzziehung auf. Weiterhin sieht der Gesetzgeber zwar, daß es erforderlich sein könnte, in Ausnahmefällen vertikale Bindungen zuzulassen. Nach der Begründung ist die Ursache hierfür allerdings nicht ausschließlich im rechtlichen Bereich zu suchen. Vielmehr wird darauf abgestellt, ob "ein wirtschaftlich und rechtlich anzuerkennendes Bedürfnis für derartige Bindungen" besteht (Die Hervorhebung dient der Verdeutlichung)¹⁴⁾. An dieser einleitenden Formulierung wird auch noch einmal deutlich, daß der Erwähnung des Agenturverhältnisses im Rahmen der Ausführungen zum Preisbindungsverbot eher exemplarische Bedeutung zugemessen werden kann. Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Gesetzesbegründung nicht auf eine rein zivil- oder handelsrechtliche Grenzziehung fixiert ist. Vor allem kann eine Orientierung der Auslegung allein an handelsrechtlichen Vertragstypen

14) Vgl. Zitat in Fn. 6

mit der Entstehungsgeschichte nicht begründet werden.

V. Folgen der 2. Kartellrechtsnovelle für die Auslegung des § 15 GWB

Mit der 2. Kartellrechtsnovelle ¹⁵⁾ wurde 1973 die Möglichkeit zur Markenartikelpreisbindung abgeschafft. Zwar wurde im Rahmen dieser Gesetzesänderung der Wortlaut des Preisbindungsverbotes nicht geändert. Wesentliche Neuerungen für die Gesetzesauslegung können sich daher schwerlich aus der Novellierung ergeben. Sie hat allerdings zu einer erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs des Preisbindungsverbots in der Praxis geführt. Aus den Motiven ¹⁶⁾, die den Gesetzgeber hierzu veranlaßt haben, lassen sich daher auch Schlußfolgerungen für die Schutzfunktion des § 15 GWB ziehen. War für die Einführung des Preisbindungsverbots 1958 der Schutz des gebundenen Unternehmers ausschlaggebend ¹⁷⁾, so spielte jetzt für die Novellierung dieser Individualschutz keine besondere Rolle mehr. Nicht mehr der befürchtete Mißbrauch der Vertragsfreiheit im Innenverhältnis, sondern die als nachteilig eingeschätzten Aussenwirkungen der Preisbindung führen zur Verschärfung des GWB. Es sollten die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher erweitert werden ¹⁸⁾. Von einer da-

15) BGBl. 1973 I 917

16) Siehe Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 7/765 zu §§ 16 und 17, S. 4

17) Vgl. etwa Begründung unter I 2, BT-Drucks. II/1158 Anlage 1 S. 26

18) Nach Belke, ZHR 138 (1974), 227, 242, ergibt sich aus den revidierten wirtschaftspolitischen Wertungen eine neue Bewertungsgrundlage für die Fixierung des Ordnungszwecks des § 15 GWB

mit verbundenen Förderung "wettbewerblicher Preisbildung" versprach man sich insbesondere günstige konjunktur- und stabilitätspolitische Effekte. Gerade dieser Aspekt der Entstehungsgeschichte des Preisbindungsverbotes spricht aber weiterhin dafür, die Reichweite des § 15 GWB nicht allein anhand der gewählten bürgerlichrechtlichen Vertragsgestaltung zu ermitteln. Denn die zivilrechtliche Sicht kann typischerweise nur das Innenverhältnis zwischen preisbindenden und -gebundenen Unternehmen berücksichtigen, da sie vornehmlich auf den Interessenausgleich zwischen Vertragspartnern ausgerichtet ist. Die mit der 2. Kartellrechtsnovelle ins Blickfeld gerückten Außenwirkungen von Preisbindungen kann eine rein zivilrechtliche Auslegung kaum erfassen.

Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß schon der Gesetzgeber Handelsvertreterverhältnisse nicht uneingeschränkt dem Preisbindungsverbot unterwerfen wollte. Andererseits sollte nach der Begründung zum Entwurf des GWB nicht allein die rein formale Vertragsgestaltung, nämlich der Abschluß von Agenturverträgen, einen kartellrechtlichen Freiraum schaffen. Der Gesetzgeber hat sich jedoch insofern nicht festlegen wollen, wo in diesen Fällen die Grenze zwischen erlaubter Preisweisung und mißbilligter Preisbindung zu ziehen ist. Diese Frage zu klären, sollte der Rechtsanwendung in der Praxis überlassen bleiben. Daher erscheint es fragwürdig, ob sich mit Rittner "eindeutige" Auslegungsergebnisse schon aus der Entstehungsgeschichte des Preisbindungsverbots ableiten lassen.

D. Teleologische Auslegung

Gerade im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des § 15 GWB fragt es sich also, ob und inwieweit der umfassenden Wortlaut der Vorschrift ihrem Zweck entsprechend eingeschränkt ausgelegt werden kann oder muß. Im Folgenden sollen die hierzu vertretenen unterschiedlichen Auffassungen in Lit. und Rspr. dargestellt und einer Würdigung unterzogen werden. Die Diskussion kreist dabei um das Problem, eine Grenze zwischen handels- und zivilrechtlich erlaubten und kartellrechtlich verbotenen Preisweisungen zu finden, die dem Sinn und Zweck des Preisbindungsverbotes gerecht wird. Die divergierenden Meinungen spiegeln das Spannungsverhältnis zwischen dem zivilen Vertragsrecht und der Vertragsfreiheit auf der einen Seite und dem Kartellrecht, das dem Schutz freien Wettbewerbs verpflichtet ist, auf der anderen Seite wider.

I. "Absolute" Theorie

Die Vertreter der sog. "absoluten" Theorie¹⁾ rücken in den Vordergrund ihrer kartellrechtlichen Abgrenzung die Frage nach der zivilrechtlichen Zulässigkeit von Preisweisungen. Agenturverhältnisse könnten daher nie unter das Preisbindungsverbot fallen. Denn Handelsvertreter seien verpflichtet, ausschließlich die Interessen ihres jeweiligen Geschäftsherrn wahrzunehmen. Infolgedessen müßten sie auch dessen Weisungen befolgen und könnten sich nicht auf das Preisbindungsverbot berufen. Diese Auffassung geht

1) Rittner, DB 1957, 1091, 1095; ders., ZHR 135 (1971), 288 ff.; Rasch, WuW 1958, 208, 212

auf eine größere dogmatische und rechtspolitische Untersuchung Rittners über Ausschließlichkeitsbindungen aus der Zeit vor Inkrafttreten des GWB zurück und muß auch gerade vor diesem Hintergrund verstanden werden. Rittner hatte in dieser Untersuchung zwischen unterschiedlichen Kategorien von Ausschließlichkeitsbindungen differenziert ²⁾:

1. Tatbestände gemeinschaftlicher Interessen:
Rechtsgeschäfte der Interessenverbindung in gesellschaftsrechtlicher Form im weiten Sinn
2. Tatbestände der Interessengegensätze:
Leistungsaustauschgeschäfte
3. Tatbestände der Wahrnehmung fremder Belange:
Geschäftsbesorgungsverträge

Ausgehend von dieser Systematik soll dann auch die kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen erfolgen. Die erste Gruppe erfasse Kartelle ³⁾, die zweite seien die "sonstigen" Verträge i. S. d. §§ 15 ff. GWB. Die Tatbestände der Interessenwahrungsverträge würden dagegen von keiner der beiden kartellrechtlichen Regelungen erfaßt ⁴⁾. Die Vorschrift solle nur für Austauschverträge im zivilrechtlichen Sinn Anwendung finden. Rittner stützt seine Auffassung auf eine Gesamtschau von Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der §§ 15 ff. GWB ⁵⁾. Ergebnis ist der absolute Vorrang des Zivilrechts vor dem Kartellrecht. Bindungen, die die Interessenwahrung zugunsten des Geschäftsherrn sichern, können nach dieser Auffassung nicht untersagt sein. Andernfalls sei die "wesenseigene Struk-

2) Die Ausschließlichkeitsbindungen S. 112

3) AaO S. 160 f.

4) Rittner, DB 1957, 1091, 1095; ders., ZHR 135 (1971), 288 ff.; im Ergebnis zustimmend Leo, WRP 1969, 85 89

5) Insbesondere in ZHR 135 (1971), 288, 296 ff.; siehe dazu aber auch die schon erwähnte Kritik von Ulmer, WuW 1971, 878, 879 Fn. 9a

tur" der Interessenwahrungsverhältnisse in ihrem "Kern getroffen" ⁶⁾. Für die Praxis wären solche Vertragstypen "entwertet". Um dies zu verhindern, habe der Gesetzgeber das Rechtsinstitut Handelsvertreterverhältnis bewußt nicht in den Tatbeständen des § 15 und des § 18 GWB berücksichtigt und die Zulässigkeit solcher Vertragstypen auch nicht einschränken wollen ⁷⁾.

Kritik ist an dieser Auffassung insbesondere wegen ihrer formalen Abgrenzung geboten. Während der Gesetzgeber Ausnahmen vom Preisbindungsverbot, wie oben aufgezeigt, davon abhängig machen wollte, daß diese rechtlich und auch wirtschaftlich erforderlich seien, stellen die Vertreter der absoluten Theorie insoweit allein auf rechtliche Kriterien ab ⁸⁾. Damit werden aber gerade solche Umgehungsmöglichkeiten eröffnet, die es nach der Entstehungsgeschichte zu verhindern gilt. Denn rechtstechnisch erscheint es ohne weiteres möglich, Vertriebsbeziehungen auf Basis von Kaufverträgen in Handelsvertreterverhältnisse umzuwandeln ⁹⁾. Soweit die Vertreter dieser Auffassung Agenturverhältnisse generell und allein wegen ihrer rechtlichen Ausgestaltung von der Anwendung des GWB ausnehmen wollen, werden sie der Entstehungsgeschichte der Vorschrift nicht gerecht. Selbst wenn mit Fikentscher ¹⁰⁾ bezweifelt werden

6) Rittner, DB 1957, 1118 f.

7) Rittner, ZHR 135 (1971), 288, 318

8) Gegen eine rein formale Abgrenzung auch BGH NJW 1986, 2954 f. - EH-Partner-Vertrag -

9) In den unter Fn 6 u 7 zitierten Veröffentlichungen Rittners fällt auch auf, daß der Verf. zwar bis ins letzte Detail die Entstehungsgeschichte des § 15 GWB untersucht, die ausdrücklich vom Gesetzgeber angesprochene Umgehungsgefahr aber mit keinem Wort erwähnt. Nach der Begründung kann aber gerade dieser Umstand die Anwendung des Preisbindungsverbotes auch im Rahmen von Agenturverhältnissen führen

10) FS. Alfred Hueck S. 543, 559

kann, daß die §§ 15 ff. GWB nach dem Willen des Gesetzgebers uneingeschränkt gegenüber Absatzmittlungsverhältnissen durchgreifen sollten, so rechtfertigt die Gesetzesbegründung doch keine völlige Freistellung derartiger Vertragstypen von der Anwendung kartellrechtlichen Vorschriften. Dies liefe auch auf einen partiellen Vorrang des Zivilrechts vor dem Kartellrecht hinaus. Bestimmte handelsrechtlich Organisationsformen wären der Kontrolle durch das GWB entzogen. Dogmatisch zu rechtfertigen wäre ein Vorrang des Handels- und Zivilrechts jedoch nur, wenn es *lex specialis* zu § 15 GWB wäre. Denn dann gälte der Grundsatz: "*lex generalis posterior non derogat legi speciali priori*". Das später entstandene GWB könnte das HGB nicht verdrängen. Ein solches Spezialitätsverhältnis erscheint aber wegen der unterschiedlichen Regelungsgegenstände beider Gesetze ausgeschlossen zu sein. Normiert das Handelsrecht mögliche Organisationsformen (z. B. Agenturvertrag, Kommission), so regelt das GWB die davon zu unterscheidende Frage eines Unternehmensverhaltensrechts; ¹¹⁾. Beide Gesetze verfolgen also andere, möglicherweise auch entgegengesetzte Schutzzwecke. Selbst wenn man konstatieren muß, daß das handelsrechtliche Preisweisungsrecht und das kartellrechtliche Preisbindungsverbot sich auf dieselbe Verhaltensweise beziehen, so kann doch nicht festgestellt werden, daß die eine oder andere Regelung sachnäher und damit vorrangig wäre. Denn die handelsrechtliche Regelung ist in den Dienst der Organisationsform Agenturverhältnis gestellt, § 15 GWB soll dagegen den freien

11) Ebenroth, S. 80 f.; zur ähnlichen Problematik des Verhältnisses Gesellschaftsrecht und Kartellrecht vgl. auch Beuthien, ZHR 142 (1978), 259, 260 ff.

Wettbewerb schützen¹²⁾. Auch verfährt das Argument nicht, daß mit der Anwendbarkeit des Preisbindungsverbotes handelsrechtlichen Organisationsformen die Existenzgrundlage entzogen wäre. Eine differenzierende Anwendung des § 15 GWB muß handelsrechtliche Organisationsformen nicht leerlaufen lassen. Denn konnte oben ein Spezialitätsverhältnis zwischen HGB und GWB nicht festgestellt werden, so bedeutet dies gleichzeitig, daß auch das Kartellrecht nicht den generellen Vorrang genießen kann. Es ist daher erforderlich, je nach Fallgestaltung zu entscheiden, ob dem Kartellrecht oder aber dem Zivil- und Handelsrecht der Vorrang gebührt¹³⁾. Eine solche Grenzziehung des Preisbindungsverbots setzt die Vorschriften der §§ 84 HGB, 675, 665 BGB nicht außer Kraft. Sie hat jedoch gegenüber der dargestellten absoluten Theorie den Vorzug, daß nicht allein formale, rechtliche Kriterien die Reichweite des Preisbindungsverbots bestimmen. Vielmehr können auch wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Dies entspricht, wie oben aufgezeigt, dem Willen des Gesetzgebers. Erst so läßt sich die Gefahr von Umgehungen des Preisbindungsverbots eindämmen. Ein genereller Vorrang des Zivilrechts vor dem Kartellrecht, wie ihn die Vertreter der absoluten Theorie fordern, ist daher abzulehnen.

12) Vgl. auch BGH WuW/E BGH 1313, 1315 zur Anwendbarkeit des § 1 GWB auf Genossenschaften: "b) Die Anwendung des § 1 GWB ist nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil die hier in Frage stehende Verpflichtung nach dem Genossenschaftsgesetz als zulässig zu erachten ist. Die Beurteilung, ob eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB vorliegt, hängt nicht von der Rechtsform ab, die sich die Beteiligten gegeben haben.... Eine Herausnahme der Genossenschaften aus dem Kartellbegriff würde das Ergebnis zeitigen, daß durch die Wahl einer besonderen Organisationsform das Gesetz umgangen werden könnte."

13) Koeble, S. 105; Ebenroth, S. 80

II. Immanenztheorie

Demgegenüber wollen die Vertreter der z. Z. vorherrschende "Immanenztheorie" ¹⁴⁾ keinen generellen Vorrang des Zivilrechts annehmen. Sie versuchen vielmehr, die Reichweite des § 15 GWB aus dem Blickwinkel der Norm selbst zu bestimmen. Das Preisbindungsverbot schütze nämlich die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung von Verträgen mit Dritten (Zweitverträge). Soweit eine solche Freiheit jedoch aufgrund "institutioneller Gegebenheiten" von vorneherein fehle, sei die Vorschrift des § 15 GWB nicht anwendbar. Denn eine nicht bestehende Freiheit könne auch nicht kartellrechtlich geschützt werden ¹⁵⁾. Dementsprechend sei das Preisbindungsverbot grundsätzlich dann nicht anzuwenden, wenn die Möglichkeit zur Preisbindung für bestimmte, zivilrechtliche Vertragstypen wesensnotwendig sei. Eine solche, dem Vertragsverhältnis immanente Freiheitsbeschränkung liege in der Regel vor, wenn das Preisbindungsrecht gesetzlich anerkannt sei ¹⁶⁾. Die "institutionelle

-
- 14) Siehe schon Biedenkopf, S. 233; BGH WuW/E BGH 2238, 2242 - EH-Partner-Vertrag -; BGH WuW/E BGH 1851, 1852 - Bundeswehrheime II -; KG WuW/E OLG 3457, 3458 Telefunken II -; BKarta WuW/E BKarta 2819, 2820 - Telefunken II -; Baur, BB 1985, 1821, 1826 f. IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 23; FK-Kühlhorn, Tz. 26; Müller-Gießler-Scholz, § 15 Rdnr. 26 f.; Loewenheim in Loewenheim/Belke, § 15 Rdnr. 15; Langen, § 15 Rdnr. 42; Baumbach/Hefermehl, 8. Aufl., § 15 GWB Rdnr. 16; Rinck/Schwark, Rz. 374; Vollmer, DB 1984, 226; ders. Preisbindungen S. 79 f.; Riesenkampff, BB 1984, 2026, 2028; Autenrieth, BB 1983, 458; Hertz-Eichenrode, WuW 1983, 785; v. Brunn, AcP 163 (1964). 487, 496; Zur Immanenztheorie siehe auch die Auseinandersetzung mit der Rechtssprechung des BGH zu Wettbewerbsverboten im Rahmen des § 1 GWB, unten Teil 4. C. III. 1.
- 15) Vgl. insbesondere Biedenkopf, aaO
- 16) BGH WuW/E BGH 1787, 1792 - Garant -; BGH WuW/E BGH 1661, 1664 - Berliner Musikschule -; IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 23; FK-Kühlhorn, § 15 Tz. 26

Gegebenheit", die das Kartellrecht zu akzeptieren habe, besteht danach also in der anerkannten zivilrechtlichen Verankerung eines entsprechenden Weisungsrechts.

1. Kritik am Ansatz der Theorie

An diesem Punkt setzt jedoch die Kritik am Ansatz der Theorie ein. Anders als nach der oben beschriebenen absoluten Theorie will die h. M. zwar nicht generell die Anwendung des § 15 GWB ausschließen. Im Ergebnis läuft diese Argumentation aber auf das Gleiche hinaus.

a. Privatrechtlicher Abgrenzungsmaßstab

Denn nach dem Ansatz der Theorie führt jede gesetzlich eingeräumte, damit institutionelle Preisbindungsmöglichkeit zur Unanwendbarkeit des Preisbindungsverbots. Auf diesen Gesichtspunkt hat auch schon Rittner hingewiesen. Soweit die Anwendung des § 15 GWB davon abhängig gemacht werde, ob Preisbindungen für das Funktionieren eines Vertragsverhältnisses wesensnotwendig seien, müsse man hierin eine reine "Angstklausel" sehen. In der Praxis komme diesem Merkmal keine besondere Bedeutung zu¹⁷⁾. Es ist daher nicht verwunderlich, daß gegen diese Auffassung ähnliche Gegenargumente vorgebracht werden, wie auch schon gegen die "absolute Theorie": Das "Anklammern" an zivil- und handelsrechtliche Vertragsarten und Institutionen eröffne unvertretbare kartellrechtliche Freiräume¹⁸⁾. Auch lasse die rein

17) Rittner, ZHR 135 (1971), 288, 290 f.

18) Ebenroth, S. 78 f.; Keßler, WRP 1984, 124, 125; Dau, S. 82; Graetz, S. 32 ff.; Koeble, S. 112 ff.

privatrechtliche, formale Abgrenzung keine Kriterien dafür erkennen, wie der Umgehungsgefahr begegnet werden könnte ¹⁹⁾, auf die in der Gesetzesbegründung hingewiesen wird. Wie oben gesehen, erscheint es zudem zweifelhaft, ob sich eine solche vertragstypenorientierte Auslegung des § 15 GWB auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift stützen kann ²⁰⁾. Darauf greifen aber die Vertreter der Immanenztheorie immer wieder zurück. Gewichtige Bedenken gegen den Ansatz der Theorie ergeben sich auch daraus, daß sie keine Begründung für den Vorrang zivilrechtlich anerkannter Preisbindungsmöglichkeiten gegenüber § 15 GWB zu liefern vermag ²¹⁾. Denn ein allgemeiner Vorrang des Zivilrechts vor dem Kartellrecht läßt sich dogmatisch nicht rechtfertigen ²²⁾. Allein aus der privatrechtlichen Anerkennung "institutioneller Gegebenheiten" kann jedoch noch nicht eine kartellrechtliche Legitimation von Preisbindungsrechten abgeleitet werden. Denn die Einräumung eines zivilrechtlichen Weisungsrechts erfolgt im Hinblick auf privatrechtliche Regelungszwecke. Im Vertragsrecht dienen sie dem angemessenen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien. Die kartellrechtliche Anerkennung eines Preisweisungsrechtes setzte demgegenüber voraus, daß auch gerade die Schutzzwecke des GWB, hier des § 15 GWB, (mit) berücksichtigt würden. Der Gesichtspunkt einer eigenständigen kartellrechtlichen Legitimation ²³⁾ für die Durchbrechung des Preisbindungsverbotes wird zumindest nach dem Ansatz der Immanenztheorie außeracht gelassen.

19) Koeble, S. 114; Brühl, S. 168 f.

20) Vgl. B IV

21) Hierauf weist zu Recht Brühl, S. 169 hin

22) Vgl. oben I

23) Zur Erforderlichkeit einer solchen eigenständigen Rechtfertigung siehe Schwark, NJW 1986, 2957

Denn danach wird ohne nähere Begründung von der privatrechtlichen Anerkennung auf eine kartellrechtliche geschlossen. Wie auch schon die "absolute Theorie" erscheint daher auch der hier vorgestellte Lösungsansatz zu formaljuristisch, privatrechtlich ausgerichtet zu sein.

b. Zwingende Anknüpfung an handelsrechtliche Vertragstypen

Diese Kritik wäre jedoch nicht gerechtfertigt, wenn die Reichweite des § 15 GWB zwingend mit Hilfe handelsrechtlicher Vertragstypen zu bestimmen wäre. Dies setzte jedoch voraus, daß ein Wertungszusammenhang zwischen der Regelung handelsrechtlicher Vertragstypen, hier dem Recht der Handelsvertreter, und dem kartellrechtlichen Preisbindungsverbot nachgewiesen werden könnte. Im Rahmen der Diskussion um die analoge Anwendung des § 89 b HGB (Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach Vertragsbeendigung) auf Vertragshändler hat Kroitzsch einen solchen Zusammenhang hergestellt ²⁴⁾. Er hat vertreten, die Regelung des § 89b HGB einerseits und die Vorschriften der §§ 15, 18, 26 Abs. 2 GWB andererseits dienten dem Schutz der Vertriebspartner großer Hersteller. Freilich komme jeweils nur einer der beiden Regelungskomplexe zum Zuge. Eines "Doppelschutzes" bedürfte es nicht. Diese Argumentation müßte im Rahmen des § 15 GWB zu einer vertragstypenorientierten Auslegung führen: Alle Vertriebssysteme, die nach ihrer handelsrechtlichen Gestaltung den Vertriebsmittlern einen Ausgleichsanspruch sicherten, wären von der Anwendung des Preisbindungsverbotes ausgeschlossen.

24) BB 1977, 1631

Denn nach Kroitzsch wären die Vertriebsmittler schon durch das Handelsrecht hinreichend geschützt.

Dem ist zu Recht entgegengehalten worden, daß die genannten kartellrechtlichen Vorschriften keinen der Regelung des § 89 b HGB äquivalenten Schutz enthalten, der mit dem Ausgleichsanspruch vergleichbar sei²⁵⁾. Insbesondere bewirkten die kartellrechtlichen Regelungen nicht die Absicherung der Vertriebspartner nach Beendigung des Vertragsverhältnisses. Denn die §§ 15, 18, 26 Abs. 2 GWB sicherten die ungestörte Fortsetzung des Vertriebsverhältnisses²⁶⁾. Unter Berücksichtigung dieser Gegenargumente erscheint dann aber ein Wertungszusammenhang beider Regelungen zweifelhaft. Vor allem ist es aber bedenklich, in den genannten GWB-Vorschriften ein rein privatrechtliches Schutzinstrumentarium zugunsten der Vertriebsmittler zu sehen. Daher kann auch Kroitzsch keine überzeugende Begründung dafür liefern, daß die Reichweite des § 15 GWB in Anlehnung an handelsrechtliche Vertragstypen festgelegt werden muß.

c. Ergebnis

Eine rein zivilrechtlich orientierte Auslegung des Preisbindungsverbotes begegnet also erheblichen Bedenken. Der methodische Ansatz der Immanenztheorie ist jedoch in jüngerer Zeit von Rechtsprechung und Literatur mehrfach modifiziert worden. Den Anstoß dafür hat wohl die Einführung eines durchgängigen Preisbindungssystems durch die Firma Telefunken gegeben, das auf Basis von Agenturverträgen organi-

25) Sandrock, FS für Fischer, S. 670 f.; K. Schmidt, DB 1979, 2357

26) Ebenroth, S. 202

siert wurde. Unter diesem Eindruck hat sich - unabhängig von der Entscheidung dieses Einzelfalles - die Erkenntnis durchgesetzt, daß eine zu formale Begrenzung des Preisbindungsverbotes die Vorschrift des § 15 GWB leerlaufen lassen könnte. Es wird in der Folge also zu fragen sein, ob die Modifikationen der Theorie die Schwächen des methodischen Ansatzes ausgleichen können.

2. Umgehungsverbot

Der Gesetzgeber sah die Gefahr, daß mittels Handelsvertreterverhältnisse das Preisbindungsverbot umgangen werden könnte. Im Hinblick auf diese Gesetzesbegründung ist es naheliegend, im Einzelfall zu prüfen, ob eine Umgehung der Vorschrift des § 15 GWB vorliegt ^{26a)}. Zweifellos erreichte man mit einer solchen Argumentation eine weniger formalistische Abgrenzung. Bei der Frage, ob eine Umgehung des § 15 GWB vorliegt, könnten neben privatrechtlichen auch kartellrechtliche Gesichtspunkte einfließen. Führen aber auch entsprechende kartellrechtliche Wertungen nicht dazu, eine Umgehung des Preisbindungsverbots zu bejahen, so spräche nichts dagegen, ein zivilrechtlich legitimes Preisbestimmungsrecht auch kartellrechtlich anzuerkennen. Eine Umgehung wird nach dieser Auffassung dann angenommen, wenn eine nicht unter den Wortlaut des § 15 fallende Vertragsgestaltung allein deshalb gewählt wird, um

26a) FK-Kühlhorn, § 15 GWB Tz. 23; Riesenkampff, BB 1984, 2026, 2028; Rittner, DB 1985, 2543, 2551; Hertz-Eichenrode, WuW 1983, 783 ff.; Kroitzsch, WuW 1981, 687, 692 ff.; OLG Hamburg WuW/E OLG 3317, 3318; OLG Düsseldorf WuW/E OLG 3494, 3497; ausdrücklich offen gelassen in BGH WuW/E BGH 2238, 2243 - EH-Partner-Vertrag -

so die Vorschrift des § 15 GWB zu unterlaufen ²⁷⁾. Hiervon sei i. d. R. auszugehen, wenn den Vertragspartnern die Absicht nachgewiesen werden könne, mittels der Handelsvertreterverträge eine "lückenloses" ²⁸⁾, "wasserdichtes" ²⁹⁾ Preisbindungssystem einführen zu wollen.

Fraglich erscheint aber schon, ob sich die Vertreter dieser Auffassung auf die Entstehungsgeschichte des Preisbindungsverbots berufen können. Denn der Gesetzgeber war, wie oben aufgezeigt ³⁰⁾, allein von der Sorge geleitet, daß die fragliche Vorschrift tatsächlich umgangen werden könnte. Keinesfalls wollte er die Gerichte methodisch damit auf die Anwendung eines ungeschriebenen Umgehungsverbots festlegen. Es sollte lediglich der Umhungseffekt ausgeschlossen werden.

Die Existenz eines solchen ungeschriebenen, institutionalisierten Verbots ³¹⁾ ist zudem im Zivilrecht sehr umstritten ³²⁾. Zunächst wird dagegen einge-

27) FK-Kühlhorn, § 15 Tz. 22; Kroitzsch, WuW 1981, 687, 693 f.; nach Rittner, DB 1985, 2543, 2551 kommt eine Umgehung des § 15 GWB durch Vertriebssysteme auf Basis von Agenturverträgen nicht in Betracht, selbst wenn der Handelsvertreter nicht zur Interessenwahrung gegenüber seinem Geschäftsherrn verpflichtet ist. Ein Umgehungsfall liegt nach seiner Meinung erst dann vor, wenn fast sämtliche maßgeblichen Lieferanten einer Branche den Weg des Agentursystems beschreiten. Im Ergebnis ist damit allerdings das Preisbindungsverbot in der Praxis privatrechtlich abdingbar.

28) Riesenkampff, BB 1984, 2026, 2030

29) Hertz-Eichenrode, WuW 1983, 783, 785

30) Vgl. oben C III

31) Es geht auf folgenden römischen Rechtssatz zurück: "Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit." (Paulus, Dig. 1, 3, 29)

32) Für ein solches ungeschriebenes Umgehungsverbot Mayer-Maly in Münch-Komm., § 134 Rdnr. 11 ff.; Larenz, AT, S. 422 f.

wandt, ein solches Umgehungsverbot sei nicht erforderlich. Es sei nur vor dem Hintergrund einer Auffassung zu verstehen, die bei der Gesetzesauslegung eng am Wortlaut haften. Angesichts der heute praktizierten Norminterpretation, die Sinn und Zweck der jeweiligen Bestimmung berücksichtigen könne und nicht streng formaljuristisch der Gesetzesformulierung folge, erübrige sich ein allgemeines Umgehungsverbot. Dem Umgebungs-begriff selbst könnten auch keine rechtlichen Kriterien für die Gesetzesauslegung entnommen werden ³³.

Die Kritik gegen die Theorie ^{33a} von der Gesetzesumgehung richtet sich aber vor allem dagegen, daß die Verwirklichung eines Verbotstatbestandes hier nach vom Vorliegen einer Umgebungsabsicht (mit) abhängen soll ³⁴. Allein die subjektive wirtschaftliche Zielrichtung eines Verhaltens könne nicht das Eingreifen eines gesetzlichen Verbotes begründen. Wie auch die Vorschrift des § 140 BGB zeige, könne ein Verbotstatbestand je nach dem gewählten Weg, auf dem ein bestimmtes wirtschaftliches Ziel erreicht werden solle, anzuwenden sein oder nicht. Für eine solche differenzierende Anwendung von Verbotsnormen böte aber ein rein subjektiv ausgerichtetes Umge-

33) Medicus, AT, Rdnr. 660; Flume, AT § 17, 5, S. 350; Soergel-Hefermehl, § 134 Rdnr. 52; auch der BGB-Gesetzgeber hat daher bewußt davon abgesehen, ein solches Verbot zu normieren, vgl. Prot. I, 257 (Mugdan I, 725)

33a) Vgl. die in Fußn. 33 Genannten

34) Vgl. Mayer-Maly, aaO Rdnr. 11, 18 Fn. 38 und Larenz, aaO Fn. 20, die sich dafür zu Unrecht auch auf die Rechtsprechung des BGH berufen. Denn in anderen Urteilen, in denen der BGH Umgebungs-fälle zu entscheiden hatte, hat er regelmäßig hervorgehoben, daß es auf die Absicht, ein Gesetz zu unterlaufen, nicht ankommen könne, vgl. BGHZ 56, 285, 289; 51, 255, 262; 37, 363, 366; ausdrücklich offengelassen in der Telefunken-Entscheidung, BGH NJW 1986, 2954 f.

ungsverbot keinen geeigneten rechtlichen Maßstab³⁵⁾. Zumindest bestände die Gefahr, daß die gesetzlichen Regelungen unzulässig über die "sentia legis" hinaus ausgedehnt würden³⁶⁾.

Nach alledem erscheint es sehr fraglich, ob sich ein ungeschriebenes Umgehungsverbot als eigenständiges zivilrechtliches Auslegungsinstrument aufrechterhalten läßt³⁷⁾. Die Anwendung eines solchen "Instituts" auf das Kartellrecht begegnet darüber hinaus jedoch noch weiteren Bedenken. Gegenstand der Regelungen des GWB sind wirtschaftliche Sachverhalte, hier die Einrichtung von Vertriebssystemen. Für unternehmerische Entscheidungen, die solchen Sachverhalten zugrundeliegen, ist es aber typisch, daß sie aufgrund einer Vielzahl von Motiven getroffen werden. Selbst wenn dabei kartellrechtliche Erwägungen auch mit einbezogen werden, so erscheint es doch als wenig sinnvoll, eine entsprechende Umgehungsabsicht aus solchen Motivationsbündeln als Leitgesichtspunkt herauskristallisieren zu wollen³⁸⁾. Die kartellrechtliche Abgrenzung liefe so Gefahr, zur reinen Spekulation zu werden.

Gegen die Anwendung eines institutionellen Umgehungsverbots spricht auch noch ein weiterer Ge-

35) Soergel-Hefermehl, § 134 Rdnr. 55; Baur, BB 1985, 1821, 1823

36) Flume, AT, S. 351

37) Soweit der BGH in seinen Entscheidungen eine Umgehung bejaht, begründet er dies damit, daß nach Sinn und Zweck der zu prüfenden Vorschrift diese auf den konkreten Sachverhalt angewandt werden müsse (vgl. etwa die in Fn. 34 zit. Entscheidungen). Darauf stützen sich dann auch die Literaturstimmen, die in der Gesetzesumgehung kein eigenes Rechtsinstitut sehen wollen, sondern einen Fall der Gesetzesauslegung (vgl. Hefermehl, aaO Rdnr. 56; Flume, AT, S. 350; Medicus, Rdnr. 660)

38) Baur, BB 1985, 1821, 1823, ebenso Ganai, S 254 ff.

sichtspunkt. Wie oben gesehen ³⁹⁾, muß für § 15 GWB das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG beachtet werden. Es ist aber fraglich, ob ein ungeschriebenes, allgemeines Umgehungsverbot diesem Erfordernis gerecht wird. Denn es beruht letztlich darauf, daß eine an und für sich erlaubte Rechtsgestaltung mißbraucht wird und deswegen dem Verbotsgesetz unterfallen soll. Sanktioniert wird also nicht ein vom Gesetzgeber verbotenes Verhalten, sondern der Mißbrauch einer Gestaltungsmöglichkeit. Die Feststellung eines solchen Mißbrauchs hängt aber von einer Umgehungsabsicht ab. Damit ergibt sich die Reichweite des bußgeldbewehrten Tatbestandes nicht mehr aus der Vorschrift des § 15 GWB selbst, sondern aus den subjektiven Erwägungen der Betroffenen. Wird von einem Teil der Literatur bezweifelt, daß ein Umgehungsverbot überhaupt geeignete Kriterien für die rechtliche Beurteilung zu liefern vermag, so ist im Hinblick auf das Kartellrecht festzustellen, daß es zumindestens nicht hinreichend konkretisierte Anhaltspunkte für die Gesetzesauslegung bietet. In methodischer Sicht rückt ein allgemeines Umgehungsverbot in die Nähe zur belastenden Analogie ⁴⁰⁾ und erscheint schon insofern bedenklich. Den Anforderungen, die an die Auslegung von Kartellrechtsnormen gestellt werden müssen, können nur spezielle Umgehungstatbestände gerecht werden. In diesen muß klar gestellt sein, unter welchen (bestimmten) Voraussetzungen auch Umgehungen einer Norm kartellrechtlich sanktioniert werden sollen (Beispiel: § 38 Abs. 1

39) Siehe oben A. am Ende

40) Darauf weist Ulmer, WuW 1971, 878, 889 zu Recht hin; auch im Hinblick auf die römischrechtliche Entstehungsgeschichte eines allgemeinen Umgehungsverbotes scheint dies gerechtfertigt zu sein (Vgl. das Zitat oben in Fn. 31)

Nr. 11 GWB) ⁴¹⁾. Gerade auch die Existenz solcher enger, vereinzelt normierter Umgehungsvorschriften ⁴²⁾ spricht gegen die Annahme eines ungeschriebenen, allgemeinen Umgehungsverbots. Denn es würde diese Spezialvorschriften erübrigen. Für die Auslegung des § 15 GWB ist daher der aufgezeigte Lösungsansatz abzulehnen.

3. Einschränkung auf gesetzestypische Verträge

Dem befürchteten Leerlaufen des Preisbindungsverbot-
es wollen das KG und das BKartA auf eine andere
Weise begegnen. Sie akzeptieren zwar grundsätzlich
Preisweisungsrechte, die im Privatrecht bestimmten
Vertragstypen zugeordnet, d. h. ihnen immanent sind.
Denn die Anwendung des Kartellrechts dürfe nicht
dazu führen, privatrechtlich zulässige Vertragstypen
obsolet werden zu lassen ⁴³⁾. Allerdings soll dies
nur für typische Vertragsgestaltungen gelten ⁴⁴⁾.
Atypische, vom gesetzlichen Leitbild abweichende
Vertragsgestaltungen sollen dagegen unter das Preis-
bindungsverbot fallen. Insoweit sei ein Schutz der
zivilrechtlichen Institutionen nicht erforderlich.
Vielmehr müsse von einer atypischen Vertragsgestal-
tung auf einen kartellrechtlichen Mißbrauch ge-
schlossen werden. Fraglich ist, ob diese dem Steuer-
recht entstammende Betrachtungsweise für das Kar-

41) Tiedemann, Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht, S. 187 ff.

42) Vgl. §§ 6 AbzG, 7 AGBG, 5 HausTG, 42 AO,

43) KG WuW/E OLG 2819, 2821 - Telefunken-Partner I -; vgl. auch Möschel, RdNr. 204 zur ähnlichen Problematik im Rahmen des § 1 GWB

44) KG WuW/E OLG 2819, 2821 - Telefunken-Partner I -; 3457, 3459 - Telefunken-Partner II -; BKartA WuW/ E BKartA 1935, 1939 - Telefunken-Partner I -; 2125, 2128 - Telefunken-Partner II -

tellrecht dogmatisch zu rechtfertigen ist ⁴⁵⁾.

In der juristischen Methodenlehre kommt der Typenbildung die Aufgabe zu, Strukturelemente von Verträgen und Institutionen herauszuarbeiten ⁴⁶⁾, die "sinnvolle Verbindung der ihn (den Begriff) konstituierenden Momente" herzustellen ⁴⁷⁾. Als nützlich kann die Typenbildung sich insbesondere auch bei der Entwicklung neuer Gestaltungsformen erweisen ⁴⁸⁾. Allerdings wird bezweifelt, daß die Typusbildung sich als Kontrollinstrument eignet ⁴⁹⁾. Gerade diesen Weg beschreiten aber das KG und das BKartA, wenn sie die Anwendung der kartellrechtlichen Verbotsnorm des § 15 GWB davon abhängig machen wollen, ob das fragliche Handelsvertreterverhältnis gemessen am gesetzlichen Leitbild der HGB-Regeln atypisch ist. Gegen die Verwendung von Typusbegriffen zu Kontrollzwecken wird eingewandt, dies führe möglicherweise zu einer unerwünschten Zementierung der Konzepte des historischen Gesetzgebers. Es bestehe außerdem die Gefahr, daß so Begründungsdefizite überspielt würden ⁴⁹⁾. Die Berechtigung dieser Bedenken lassen sich am Beispiel der Telefunken-Entscheidungen des KG und des BKartA nachweisen.

45) Vgl. zum ähnlichen Problematik der Auslegung von Normen des Steuerrechts, die an zivilrechtliche Gestaltungen anknüpfen Tipke S. 115 ff.

46) Vgl. Schwark, Rechtstheorie 1978, 73, 86 f.; ders., FS Stimpel, S. 1087, 1098; Leenen, Typus, S. 42; Wank, S. 124 ff.; Kuhlen, Typuskonzeptionen, S. 163 ff.

47) Larenz, Methodenlehre, S. 432

48) Schwark, FS Stimpel, S. 1087, 1098

49) Schwark aaO

a. Festschreibung der Vorstellungen des HGB-Gesetzgebers

Denn der Rückgriff auf das handelsrechtliche Leitbild des Agenturvertrages bewirkt, daß die Vorstellungen des HGB-Gesetzgebers "strukturkonservierend" auf das Kartellrecht übertragen werden. Neuen, gemessen an den HGB-Regeln atypisch organisierten Vertriebssystemen wäre der Zugang zum Markt versperrt, zumindest im Vergleich zu gesetzlich geregelten Vertragstypen erschwert. Eine solche statische Grenzziehung des Preisbindungsverbots widerspricht aber der Aufgabe des Kartellrechts, dynamischen Wettbewerb zu fördern. Gerade die Fortentwicklung und die permanente Infragestellung von Besitzständen ist für den Wettbewerb, der durch das GWB geschützt werden soll, kennzeichnend⁵⁰⁾. Eine Ausrichtung des Kartellrechts an Vertragstypen des Privatrechts bevorzugt einseitig solche Gestaltungsformen, die gesetzlich geregelt sind. Diese Auslegung läuft daher Gefahr, selbst Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen.

Dieses Argument erlangt zusätzliches Gewicht, betrachtet man die Handelsvertreterverhältnisse im Wirtschaftsleben. Dann wird man nämlich feststellen, daß die Realität der Agenturverhältnisse sich weit von einem idealen Leitbild der HGB-Regeln entfernt haben. Handelsvertreterverhältnisse zeichnen sich durch eine Vielfalt von Formen aus⁵¹⁾. Die Merkmale, die das KG und das EKartA für die Leitfigur des Handelsvertreters als typisch und damit maßgeblich ansehen wollten, entsprechen, wie im Folgenden zu

50) Vgl. Möschel, BB 1985, 1477, 1481; Riesenkampff, BB 1984, 2026, 2029; Ganai S. 194

51) Siehe Stoltzfoth, S. 37 ff.; Rittner, DB 1985, 2543, 2550; Möschel, BB 1985, 1477, 1480 jeweils m. w. Nachw.

zeigen sein wird, nicht den vielfältigen Erscheinungsformen dieses Vertragstyps in der Wirklichkeit⁵²⁾, möglicherweise auch nicht einmal den HGB-Regeln. Im Einzelnen soll nach Auffassung des KG und des BKartA auf folgende Gesichtspunkte abgestellt werden:

(1) Die lückenlose Durchsetzung gleicher Preise entspreche nicht dem typischen Weisungsrecht im Rahmen von Handelsvertreterverträgen. Das gesetzliche Leitbild der §§ 665, 675 BGB stelle auf Einzelweisungen des Geschäftsherrn ab. Es erscheint jedoch fraglich, ob sich eine derartige Einschränkung des Weisungsrechts aus den genannten Vorschriften ableiten läßt. Im Handelsvertreterrecht spricht die Vorschrift des § 86 a HGB gerade auch für ein über den Einzelfall hinausgehendes Weisungsrecht⁵³⁾. Dort wird nämlich der Geschäftsherr verpflichtet, seinen Agenten Preislisten, die typischerweise für eine Vielzahl von Absatzmittlern hergestellt werden, zur Verfügung zu stellen.

(2) Ferner wird als typisches Merkmal eines Handelsvertretervertrages ein Wettbewerbsverbot bezogen auf Konkurrenzwaren angesehen. Dies ist für den Agenturvertrag jedoch entgegen der Entstehungsgeschichte erst durch die Rechtsprechung entwickelt worden⁵⁴⁾.

52) BGH WuW/E BGH 2238, 2244 - EH-Partner-Vertrag -; Möschel, BB 1985, 1477, 1480; Klawitter, GRUR 1986, 750;

53) Vgl. auch Brüggemann, Großkommentar, § 89 b HGB Rdnr. 37 unter Hinweis auf BGH DB 1981, 1772, nach dem das Weisungsrecht sich auch auf das Vertriebskonzept und die Unternehmenspolitik beziehen kann. Zum rationalen Aufbau von Vertriebssystemen dürften solche generellen Weisungen unerlässlich sein. Zu einem derartigen Vertriebskonzept, das sinnvollerweise einheitlich im Rahmen eines Vertriebssystems durchgesetzt werden muß, könnte auch die Preispolitik gerechnet werden; ebenso Rittner, DB 1985, 2543, 2549.

54) Vgl. BGHZ 42, 59, 60; nach BGH WuW/E BGH 2238, 2244 - EH-Partner-Vertrag - ist dieses Merkmal zumindest nicht wesensbestimmend

Daher ist zu bedenken, ob ein solches Merkmal das gesetzliche Leitbild mitbestimmen kann.

(3) Schließlich lasse die Regelung des Ausgleichsanspruchs in § 89 b HGB erkennen, daß der Vertrieb von Konsumgütern an den Endverbraucher nicht typische Aufgabe eines Handelsvertreters sei. Der Ausgleichsanspruch knüpfe nämlich daran an, daß eine vom Handelsvertreter vermittelte Geschäftsverbindung über die Beendigung des Agenturvertrages fortbestehe. Bei Konsumgütern lasse sich dies regelmäßig nicht feststellen⁵⁵⁾. Hierin ein charakteristisches Merkmal von Handelsvertreterverträgen sehen zu wollen, widerspricht zum ersten die Vertragswirklichkeit. Der Warenvertrieb an Endverbraucher ist keinesfalls völlig untypisch für Handelsvertreterverträge (z. B. Vertrieb von Kaffee, Benzin)⁵⁶⁾. Die Regelung des § 89 b HGB enthält zudem weniger eine übergreifende, einheitliche Festlegung des Ausgleichsanspruchs. Vielmehr ist sie zugeschnitten auf die Bewältigung jedes Einzelfalles. Der Anspruch ist von (einzel-fallbezogenen) Billigkeitserwägungen abhängig (§ 89 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 HGB). Das läßt die Leitfunktion dieser Vorschrift für die Bestimmung typischer Handelsvertreterverhältnisse aber zweifelhaft erscheinen⁵⁷⁾.

(4) Das KG hat zudem das tatsächliche Auftreten der Agenten als typenbestimmend für ein Handelsvertreterverhältnis angesehen. Insofern komme es darauf an, daß auch dem Kunden klar werden müsse, daß der Agent nur als "verlängerter Arm" seines Geschäfts-

55) So BGH NJW 1959, 1677

56) Siehe insbesondere Stolterfoth, aaO S. 47 ff.; Baur, BB 1985, 1821, 1825; Möschel, BB 1985, 1477, 1480; vgl. auch BGH WuW/E BGH 2238, 2244 - EH-Partner-Vertrag -

57) Vgl. BGH WuW/E BGH 2238, 2244 - EH-Partner-Vertrag -

herrn im Rechtsverkehr auftrete. Unterscheide sich sein Auftreten nicht deutlich von dem eines Eigenhändlers, sei von einer untypischen Vertragsgestaltung im oben genannten Sinn auszugehen. Auch hier stellt sich jedoch die Frage, ob es sich dabei um ein gesetzestypisches Merkmal handelt. Zwar kann schon wegen der Legaldefinition in § 84 HGB Handelsvertreter nur sein, wer für den Geschäftsherrn Verträge anbahnt oder abschließt. Nach der rechtstechnischen Ausgestaltung der Beziehungen zu den Kunden ist danach also der Agent lediglich verlängerter Arm des Geschäftsherrn. Sehr zweifelhaft ist jedoch, ob - wie es das KG verlangt - über diesen Aspekt der technischen Abwicklung des Vertragsschlusses hinaus auch die nach außen erkennbare wirtschaftliche Einbindung in den Warenvertrieb als gesetzestypisches Merkmal des Agenturvertrages angesehen werden kann

Nach dem vom KG und BKartA entworfene Leitbild eines Handelsvertreters muß dieser im Innen- wie im Außenverhältnis voll in den Vertrieb nur der Produkte des Geschäftsherrn integriert sein. Es erscheint jedoch schon äußerst fraglich, ob sich eine derartig enge Einbindung in das Unternehmen des Geschäftsherrn aus der gesetzlichen Regelung des Handelsvertreterrechts entnehmen läßt ^{57a)}. Vor allem ist nicht ersichtlich, inwieweit dieser, angeblich typische Agent noch ein gewisses Maß an Selbständigkeit hat, das nach der Definition in § 84 HGB den Handelsvertreter kenn-

57a) Rittner, DB 1985, 2543, 2549

58) Rittner, DB 1985, 2543, 2550. sieht dagegen nur die zwingenden gesetzlichen Vorschriften der §§ 84 ff. HGB als typusbegründend an, a. A. allerdings BGH WuW/E BGH 2238, 2244 - EH-Partner-Vertrag -, der darüber hinaus die Risikoverteilung für maßgeblich ansieht (siehe dazu unten 4.)

zeichnet. Jedenfalls entspricht das so konstruierte, eng eingegrenzte Leitbild nicht den vielfältigen Erscheinungsformen in der Realität. Schon aus diesen Gesichtspunkten ergeben erhebliche Zweifel an der Tauglichkeit des Maßstabes für die kartellrechtliche Beurteilung. Gegenüber der Argumentation des KG und des BKartA drängt sich der Verdacht auf, daß das von ihnen entworfene Leitbild nicht so sehr den Vertragstypus des HGB im Auge hat, sondern vielmehr kartellrechtliche Überlegungen Pate gestanden haben, ohne daß diese hinreichend kenntlich gemacht worden sind.

b. Fehlen einer kartellrechtlichen Legitimation

Da sich die eben dargestellte Auslegungsmethode an der privatrechtlichen Typizität der Vertragsgestaltung orientiert, fehlt es auch hier an der kartellrechtlichen Legitimation der Freistellung bestimmter Vertriebsgestaltungen vom Preisbindungsverbot ⁵⁹⁾. Denn Leitbilder des privaten Vertragsrechts sind ausgerichtet an den Zielen dieser Regelungskomplexe. Solche zivilrechtlichen Leitbilder dienen den Zwecken des privaten Vertragsrechts, vornehmlich dem Interessenausgleich zwischen den individuellen Vertragspartnern. Sie können daher nur die Wertungen des Privatrechts aufnehmen, die zur Normierung der jeweils einzelnen Vertragstypen geführt haben. Soweit KG und das BKartA diese, auf privatrechtliche Gesetzeswertungen zurückgehenden Leitbilder im Kartellrecht als Abgrenzungsmaßstab anwenden wollen, haben diese keinen Bezug zur Vorschrift des § 15 GWB ⁶⁰⁾. Denn es kann nicht davon ausgegangen werden,

59) Vgl. schon die Kritik am Ansatz der Immanenztheorie oben unter 1, a

60) So zu Recht Möschel, BB 1985, 1477, 1480

daß das Kartellrecht und das private Vertragsrecht von gleichen Gesetzeszwecken getragen werden. Erst unter dieser Voraussetzung wäre es zulässig, sich zivilrechtlicher Vertragstypen zur kartellrechtlichen Kontrolle zu bedienen. Andernfalls fehlt es, wie hier, an einer Begründung dafür, warum Leitbildern des privaten Vertragsrechts auch eine Leitfunktion für das Kartellrechts zukommen kann; es ist also das von Schwark befürchtete Begründungsdefizit ⁶¹⁾ zu konstatieren. Eine solche Auslegung läuft Gefahr, zu willkürlichen Ergebnissen zu gelangen ⁶²⁾. Sie wird den Besonderheiten des Kartellrechts nicht gerecht.

4. Maßgeblichkeit der Risikoverteilung

Der BGH mißt demgegenüber der Risikoverteilung zwischen dem Geschäftsherrn und seinen Agenten die entscheidende Bedeutung zu. Entspreche sie der eines (typischen) Handelsvertreterverhältnisses, komme das Preisbindungsverbot nicht zum Zuge. Werde eine Risikotragung vereinbart, die für den Eigenhändler kennzeichnend sei, müsse § 15 GWB angewandt werden ⁶³⁾. Das Gericht beschränkt sich also nicht lediglich darauf, die rein formale, rechtstechnische Gestaltung der Vertriebsbeziehungen zwischen Hersteller und Absatzmittler zu berücksichtigen. Vielmehr soll nach wirtschaftlichen Kriterien ermittelt werden, ob dem Handelsvertreter die Preisgestaltungsfreiheit zusteht, die eine Anwendung des § 15 GWB erst eröffnet. Denn nur, wenn der Handelsvertreter die Risiken

61) Siehe oben Fn. 49

62) FK-Kühlhorn, § 15 Rdnr. 29; Baur, BB 1985, 1821, 1825

63) BGH WuW/E BGH 2238, 2243 f. - EH-Partner-Vertrag -; vgl. dazu auch Anm. Schwark, NJW 1986, 2957; Markert, BB 1986, 1391 ff.; Klawitter, GRUR 1986, 754; Bunte, BGH EWIR § 15 GWB 1/86, 691 f.

der Vertriebstätigkeit trage, nehme er selbständig am Geschäftsverkehr teil und genieße den Schutz des Preisbindungsverbots ⁶⁴.

a. Zusammenhang zwischen Risikoverteilung und Weisungsrecht

Zur Begründung verweist der BGH zunächst im Anschluß an Baur ⁶⁵ auf den Zusammenhang zwischen Risikoverteilung und Weisungsrecht beim Handelsvertretervertrag. Für den Agenturvertrag sei es typisch, daß der Geschäftsherr die Risiken des Warenvertriebs trage. Hiervon sei auszugehen, wenn den Hersteller grundsätzlich das Kreditrisiko, das Vorausdispositionsrisiko und das Lagerisiko treffe. Solange ein Absatzsystem auf der Basis von Agenturverträgen hiervon nicht abweiche, müsse es dem Hersteller auch kartellrechtlich erlaubt sein, seine Risiken durch das Weisungsrecht gegenüber seinen Handelsvertretern zu steuern. Die Verankerung des Weisungsrechts im HGB korrespondiere mit der typischen Risikoverteilung zwischen Geschäftsherrn und Agenten ⁶⁶.

64) Zur Maßgeblichkeit der Risikoverteilung im Rahmen des § 15 GWB vgl. auch schon BGH WuW/E BGH 1402, 1403 - EDV-Zubehör -; BGH WuW/E BGH 1851, 1853 - Bundeswehrheime II -; dieses Kriterium wird auch im europäischen Kartellrecht für die Behandlung vertikaler Vertriebsbindungen als ausschlaggebend angesehen. Zum europ. Recht: EuGH Slg. 1966, 485 - Italienische Klage; Kommission, Handelsvertreterbekanntmachung Anhang Nr. 2. 2. 6. 4.

65) Baur, BB 1985, 1821, 1827; siehe auch Autenrieth, BB 1985, 458; Möschel, BB 1985, 1477, 1480; ders., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen Rdnr. 380; Brühl, WRP 1983, 1, 5; Ebenroth, S. 83 m. w. Nachw. Fn. 142; FK-Kühlhorn, § 15 Rdnr. 29; Langen, § 15 Rdnr. 44; Emmerich, S. 104

66) Baur, BB 1985, 1821, 1827, BGH WuW/E BGH 2238, 2243 - EH-Partner-Vertrag -; Brüggemann, Großkommentar, § 86 HGB Rdnr. 20 a. E.; vgl. auch schon Belke, Geschäftsverweigerung, S. 220

aa. Rechtsformorientierte Betrachtungsweise

In einer ersten Besprechung des Urteils hat Markert gegen die Argumentation des BGH eingewandt, die kartellrechtliche Grenzziehung sei zu sehr an den zivilrechtlichen Vertragstypen orientiert⁶⁷⁾. Träfe dies zu, fehlte der Begründung des BGH - wie auch schon der typenorientierten Betrachtungsweise des KG und des BKartA - die kartellrechtliche Legitimation. Der Kritik Markerts kann allerdings nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Ausschlaggebend für die Entscheidung des BGH war nämlich der Umstand, daß der weisungsberechtigte Hersteller sämtliche Risiken des Warenvertriebs zu tragen hatte. Erst in zweiter Linie stellt das Gericht darauf ab, daß eine solche Risikoverteilung regelmäßig bei Agenturverträgen gegeben sei, dieser Vertragstyp also grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Preisbindungsverbotes falle⁶⁸⁾. Dies ist deshalb nur Folge, nicht Grundlage der Argumentation des BGH⁶⁹⁾. Die vom BGH entwickelte Abgrenzung kann mithin nicht als vertragstypenorientiert bezeichnet werden. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß eine Argumentation, die sich zur Beurteilung der Risikoverteilung sogleich privatrechtlicher Vertragstypen bedient, doch sehr

67) Markert, BB 1986, 1390, 1391

68) Anders dagegen noch OLG Hamburg WuW/E OLG 3317, 3319 - ST-Vertriebsvertrag -, das zur Ermittlung einer Umgehung des § 15 GWB darauf abstellt, ob der jeweilige Vertrag "auch im übrigen keine Risikoverteilung" enthält, "die wesentlich von der gesetzlichen Regelung des Handelsvertreter-Vertrages abweicht..."; ähnlich auch Klawitter, GRUR 1986, 754

69) Versteht man das Urteil in diesem Sinn, so wird es nach dieser Auffassung auch für anders organisierte Vertriebssysteme in erster Linie auf die Risikoverteilung ankommen, nicht dagegen auf die gewählte Rechtsform (Schwark, NJW, 1986, 2957 gegen Markert, BB 1986, 1390, 1391)

vom zivilistischen Denken geprägt ist und damit Gefahr läuft, den entscheidenden kartellrechtlichen Blickwinkel zu verkürzen⁷⁰⁾.

bb. Schlüssigkeit der Argumentation

Dies gibt Anlaß dazu, die Überlegungen des BGH auf ihre wirtschaftliche Schlüssigkeit hin zu überprüfen. Es muß die Frage gestellt werden, ob Weisungsrecht und Risikoübernahme in der vom BGH vorgetragenen Art und Weise korrespondieren. Davon ist auszugehen, wenn eine Bindung gerade auch der Endverbraucherpreise für einen Hersteller erforderlich ist, um die vom BGH als maßgeblich angesehenen Risiken (Kredit, Vorausdisposition, Lager) steuern zu können. Gegen einen solchen Zusammenhang spräche, wenn es aus Gründen der Risikobeherrschung genüge, lediglich die Abgabepreise an die Vertriebsmittler den übernommenen Risiken anzupassen, also interne Risikoaufschläge zu bilden. Dann wäre eine Festlegung der in dem Endverbraucherpreis enthaltenen Handelsspanne (Provision) nicht zwingend erforderlich. Der Hersteller wäre nicht auf das Instrument der (Endverbraucher-) Preisbindung angewiesen, um sein Risiko steuern zu können.

(1) Das Risiko, das aus der Überlassung von Waren gegen Kredit entsteht, erfordert jedenfalls nicht die Möglichkeit zur Beeinflussung der Endverbraucherpreise. Trägt der Hersteller dieses Wagnis, so kann es durch einen Risikoaufschlag ausgeglichen werden, der in die Berechnung des Abgabepreises an den Vertriebsmittler einbezogen werden kann^{70a)}. Eine Festlegung auch der Endverbraucherpreise, d. h. auch

70) Kritisch insofern Schwark, NJW 1986, 2957

70a) Ähnlich neuerdings auch Köhler, ZHR 151 (1987), 224, 229

der hierin enthaltenen Handelsspanne, ist im Hinblick auf diese Risiken nicht erforderlich.

(2) Das gleiche gilt für das Lagerisiko, das im Rahmen eines Agenturvertrages grundsätzlich der Geschäftsherr als Eigentümer der Waren trägt⁷¹⁾. Die Gefahr, daß Waren während der Lagerung beschädigt oder zerstört werden (z. B. durch Feuer, Sturm oder Diebstahl), kann durch einen (internen) Risikoaufschlag ausgeglichen werden. Solche Risiken sind typischerweise versicherbar. Auch dies zeigt, daß die Festlegung der Endverbraucherpreise aus Sicht des Geschäftsherrn (Herstellers) nicht erforderlich ist, selbst wenn solche Risiken mittelbar den Kaufpreis erhöhen können.

(3) Etwas anderes ergibt sich allerdings für das Vorausdispositionsrisiko. Es erwächst aus der Gefahr, daß Produkte wegen der Änderung des modischen Geschmacks und des technischen Wandels nicht mehr abgesetzt werden können, jedenfalls nicht zum vorgesehenen Preisniveau. Das Vorausdispositionsrisiko ist nämlich auch abhängig von der Vertriebspolitik des jeweiligen Herstellers. Insofern ist gerade der Endverbraucherpreis, wie schon oben aufgezeigt⁷²⁾, ein wichtiges Mittel, um auf die Absatzstrategie Einfluß zu nehmen. Dieses Ziel kann nicht allein durch die Beeinflussung der Abgabepreise an die Händler erreicht werden. Denn diese werden in der Regel nicht nach außen bekannt gemacht und können deshalb gegenüber den Endverbrauchern auch nicht als Instrument der Absatzpolitik eingesetzt werden. Erforderlich ist eine Beeinflussung der Endverbrau-

71) Gemeint ist das Risiko des zufälligen, d. h. von keiner Vertragspartei verschuldeten Untergangs oder der Beschädigung, auch Köhler, ZHR 151 (1987), 224, 229

72) Vgl. oben Teil 2, A, I

cherpreise nach den hier aufgezeigten Kriterien jedoch nur, falls ein nennenswertes, d. h. wirtschaftlich ins Gewicht fallendes Vorausdispositionsrisiko besteht⁷³⁾. Hieran fehlt es, wenn das Warensortiment, daß den Absatzmittlern vom preisbindenden Hersteller zur Verfügung gestellt wird, relativ klein ist. Dadurch wird die Gefahr, daß Produkte sich als unverkäuflich erweisen, gering gehalten⁷⁴⁾. An einem entsprechenden Risiko kann es auch bei dem Vertrieb von Produkten fehlen, die nicht schnellem modalischen und technischen Wandel unterliegen⁷⁵⁾.

Als Zwischenergebnis läßt sich hier zumindest festhalten, daß die Argumentation des BGH nur im Hinblick auf das Vorausdispositionsrisiko in sich schlüssig ist^{76a)}. Trägt der Geschäftsherr (Hersteller) allein Lager- und Kreditrisiko, so erfordert dies noch kein Weisungsrecht bezüglich der Endverbraucherpreise. Zumindestens in diesen Fällen ist fraglich, ob die Risikoverteilung geeignetes Abgrenzungskriterium sein kann⁷⁶⁾.

73) Schwark, NJW 1986, 2957

74) Im Falle Telefunken hatte der BGH ein ins Gewicht fallendes Risiko angenommen, da das zur Verfügung gestellte Sortiment etwa 25 % des Jahresumsatzes entsprach, BGH WuW/E BGH 2238, 2244 - EH-Partner-Vertrag -

75) Schwark, NJW 1986, 2957 nennt beispielhaft den Vertrieb von Benzin und Kaffee; allerdings sind insoweit Risiken aus den Schwankungen der Weltmarktpreise zu berücksichtigen, die jedoch zumindestens dann nicht gravierend sind, wenn die Produktvorräte bei den Absatzmittlern in kurzer Zeit umgesetzt werden. Das dürfte bei den genannten Waren aber in der Regel der Fall sein.

75a) Zutreffend weist neuerdings Köhler, ZHR 151 (1987), 224, 229 f. darauf hin, daß dieses Risiko nur begrenzt auf die Absatzmittler abgewälzt werden kann

76) Schwark, NJW 1986, 2957; Kritisch zur Eignung der Risikoverteilung auch Köhler, ZHR 151 (1987), 224, 228 f.: insbesondere Mischformen der Risikoverteilung könnten mittels dieses Kriteriums nicht praktikabel abgegrenzt werden. Denn die Abgrenzung sei nur scheinbar klar und eindeutig.

cc. Isolierte Betrachtung produktbezogener Risiken

Es fällt auf, daß der BGH in seiner Telefunktenteilung wie auch schon in früheren Beschlüssen zum Preisbindungsverbot ⁷⁷ nur produktbezogene Risiken für entscheidungserheblich hält. Daneben bringt der Vertrieb von Waren jedoch weitere Risiken mit sich, die typischerweise den Vertriebsmittler treffen. In der Regel erstrecken sich die Aufgaben der Vertriebsmittler auf die Kundenberatung, Garantie- und Reparaturservice ⁷⁸. Dadurch entstehen erhebliche Kosten, die unabhängig von der Höhe des Warenumsatzes anfallen (fixe Kosten). Hinsichtlich dieser Kosten erwächst den Handelsvertretern ein dem Vorausdispositionsrisiko entsprechendes Risiko ⁷⁹. Sie müssen nämlich über die Provision (Handelsspanne) der Agenten gedeckt werden. Können aber Waren nicht mehr oder nicht zum angestrebten Preisniveau abgesetzt werden, so wirkt sich das auch nachteilig auf die Provision des Handelsvertreters aus. Denn die Zahlung einer Provision hängt von der tatsächlichen Durchführung des Geschäfts, hier der Veräußerung der Ware ab (§§ 87, 87a HGB); die Höhe des Anspruchs wird in der Regel im (prozentualen) Verhältnis ⁸⁰ zum Verkaufspreis bestimmt (vgl. § 87 b Abs. 2 S. 1 HGB). Weitere Risiken erwachsen dem Handelsvertreter

-
- 77) BGH WuW/E BGH 1851, 1853 - Bundeswehrheime II -; BGH WuW/E BGH 1402, 1403 - EDV-Zubehör -
 78) Z. B. im Telefunken-Vertrag Ziff. 3.1 (abgedruckt in BGH WuW/E BGH 2238, 2239): "Der EH-Partner führt ein Fachgeschäft oder eine Fachabteilung der Rundfunk-, Fernseh-, Phonobranche und sorgt für eine sachgerechte Vorführung der Erzeugnisse des Telefunken-Partner-Sortiments sowie für eine fachgerechte Beratung des Kunden in einem offenen, repräsentativen Verkaufsraum"
 79) Vgl. schon Schüller, Ordo 1968, 177, 215
 80) Meist werden bestimmte Provisionssätze vereinbart, vgl. nur Brüggemann in Großkommentar, § 87 b HGB Rdnr. 2

dann, wenn er verpflichtet wird, auf eigene Rechnung Vorratslager für Reparaturteile zu unterhalten ⁸¹⁾. Können die durch die Vorratshaltung entstehenden Kosten nicht durch Reparaturaufträge gedeckt werden - dies wird abhängig sein von Art und Umfang der Lagerverpflichtung -, so müssen auch diese Kosten durch die Provision des Handelsvertreters gedeckt werden. Denn der Handelsvertreter kann im Rahmen eines solchen Vertriebssystems typischerweise nicht auf die Ersatzteillagerung verzichten, selbst wenn er sie für unwirtschaftlich hält. In der Regel ist hier die Lagerhaltung nämlich Bedingung für die Handelsvertreter Tätigkeit ⁸²⁾.

Wirtschaftliche Gefahren, die sich aus einer fehlerhaften Vorausdisposition ergeben, können also selbst dann den Handelsvertreter treffen, wenn eine nach der Auffassung des BGH für solche Verträge typische Risikoverteilung anzunehmen ist. Das stellt aber die Grundüberlegung des Gerichts in Frage, wonach regelmäßig der Geschäftsherr und nicht der Handelsvertreter die Preise bestimmen können müsse, da der Geschäftsherr auch die Risiken aus dem Warenvertrieb trage. Denn jedenfalls solche Risiken, die der Absatzmittler ausschließlich im Hinblick auf den Vertrieb ganz bestimmter, eingrenzbarer Waren oder Warengruppen übernimmt, ergeben sich, wie auch das Vorausdispositionsrisiko, unmittelbar aus dem Wa-

-
- 81) Eine solche Verpflichtung weisen beispielsweise die hauptsächlich von Daimler-Benz verwendeten Handelsvertreterverträge auf, ein Vertriebssystem, das schon seit Zeiten vor Entstehung des GWB praktiziert wird
- 82) So auch im Daimler-Benz-"Vertretervertrag"

renvertrieb ^{e3>}. Wie schon oben gesehen ^{e4>}, sind gerade diese, sich aus dem Warenvertrieb unmittelbar für den Absatzmittler ergebenden Risiken von erheblicher Bedeutung für die wirtschaftliche Beurteilung unterschiedlicher Absatzorganisationen, da sie zu mehr oder minder großer Abhängigkeit bzw. Selbständigkeit der "Händler" führen ^{e5>}. Wenn ein Handelsvertreter speziell für den konkreten Warenvertrieb große Risiken über seine Provision abzudecken hat, müßte damit also ein Recht zur Festsetzung der Handelsspanne (Provision) korrespondieren. Es ist deswegen nicht überzeugend, wenn der BGH ein volles, d. h. auch die Provision erfassendes Preisweisungsrecht des Geschäftsherrn für erforderlich hält. Die Verteilung der Vertriebsrisiken könnte es vielmehr nahelegen, daß es dem Agenten möglich sein muß, zumindest über einen teilweisen Provisionsverzicht auf den Endverbraucherpreis mit einzuwirken. Insbesondere dann, wenn dem Handelsvertreter aufwendige Vertriebsmaßnahmen auferlegt werden (Personalkosten für Vertrieb und Service, Gebäudekosten, Ersatzteilla-

-
- 83) Für die Maßgeblichkeit ausschließlich solcher Risiken auch Koeble, S. 147 u. Ebenroth, S. 82; Risiken, die nicht einer speziellen Warengruppe zuzuordnen sind, sondern für das gesamte Sortiment eines "Händlers" bestehen, erfordern kein Preisfestsetzungsrecht, sie können über die Auswahl des Sortiments gesteuert werden.
- 84) Vgl. Teil 2, C, 2
- 85) Hier ergeben sich in der Praxis auch sehr große Unterschiede, betrachtet man etwa im Vergleich den gängigsten Daimler-Benz Handelsvertretervertrag mit üblichen Kaffee-Depot-Verträgen der Kaffeeröster mit Bäckereien (Kommissionsagenturverträge): Im DB-Vertrag wird den Agenten die Ausstattung der Betriebe vollkommen auferlegt (das betrifft EDV-Anlagen, Ausstellungs- und Verkaufsräume nach der Vorstellung von DB, Werkstatt mit qualifizierter personeller und sachlicher Ausstattung, umfangreiches Ersatzteillager auf eigene Rechnung), dagegen trägt aufgrund der Depot-Verträge der Kaffeeröster sämtliche Kosten für Einrichtung, Ausstattung und Werbung, die aufgrund des Betriebes eines Depots erforderlich werden.

ger), erscheint es zweifelhaft, die Risikoverteilung allein anhand der rein warenbezogenen Risiken zu ermitteln. Denn diese geben nur einen Ausschnitt der mit dem Vertrieb typischerweise anfallenden Risiken wieder. Soweit der BGH demgegenüber zu einer isolierten Berücksichtigung des beim Hersteller anfallenden Dispositionsrisikos tendiert, vernachlässigt er die ebenfalls wirtschaftlich begründeten, berechtigten Interessen seiner Absatzmittler, hier der Handelsvertreter. Im Gegensatz zur Auffassung des BGH wäre in solchen Fällen eine umfassende Risikoanalyse geboten, die das den Handelsvertreter und den Geschäftsherrn betreffende Vorausdispositions- bzw. Provisionsrisiko gegeneinander abwägen müßte. In der Praxis bedeutete dies, daß dem Handelsvertreter in bestimmten Fällen jedenfalls ein Mitspracherecht bei der Festlegung der Preise eingeräumt werden müßte. Diese Mitwirkungsmöglichkeit wäre jedoch beschränkt auf die Provision, da nur insoweit dem Agenten ein Vertriebsrisiko erwächst (s.o.). Sie kann also nicht dazu führen, daß der Agent allein den Endverbraucherpreise festsetzen darf. Zur Steuerung seines Risikos muß der Hersteller den Kalkulationsrahmen auch für die Abgabepreise festlegen können. Denn sein Vorausdispositionsrisiko wird ja auch maßgeblich durch die Höhe der Endverbraucherpreise (mit-) bestimmt. Dem Handelsvertreter muß jedoch die Möglichkeit erhalten bleiben, in bestimmten Grenzen durch Erhöhung oder Verminderung der Provision Einfluß auf den Abgabepreis auszuüben. Ist ihm ein solcher Entscheidungsspielraum nicht eröffnet, widerspräche dies der Risikoverteilung. Abweichend von der Auffassung des BGH könnte bei der erforderlichen umfassenden Risikoanalyse das Preisbindungsverbot in solchen Fällen auch dann ein-

greifen, wenn der Geschäftsherr (Hersteller) das warenbezogene Voraussdispositionsrisiko allein trüge. Versucht man diesen Gesichtspunkt beispielhaft auf den Telefunkenfall zu übertragen, so hätte der BGH sich nicht darauf beschränken dürfen, allein die warenbezogenen Risiken zu prüfen. Vielmehr wäre auch die Frage in die kartellrechtliche Entscheidung mit einzubeziehen gewesen, ob nicht die Telefunken-Partner ein gleichwertiges Dispositionsrisiko übernommen hatten. Anhaltspunkte dafür ergaben sich aus dem Vertriebsvertrag. Denn die Handelsvertreter waren hiernach verpflichtet, ein Fachgeschäft nebst Fachwerkstatt zu unterhalten, für sachgerechte Vorführung der Geräte, fachgerechte Beratung sowie für repräsentative Verkaufsräume zu sorgen⁸⁶⁾.

Selbst wenn also das warenbezogene Voraussdispositionsrisiko beim Hersteller liegt, so ergibt sich für diesen auch daraus noch nicht zwingend das Recht, allein die Endverbraucherpreise bestimmen zu können. Insgesamt läßt sich feststellen, daß die vom Gericht als maßgeblich erachteten (Hersteller-) Risiken ein ausschließliches Preisweisungsrecht des Geschäftsherrn des Agentursystems nicht generell erfordern.

86) Siehe Ziff. 3.1, 9.1 des Vertrages (abgedruckt in BGH WuW/E BGH 2238, 2239 - EH-Partner-Vertrag -)

**dd. Eignung der Risikoverteilung als kartell-
rechtlicher Beurteilungsmaßstab**

Entgegen den Entscheidungen der Vorinstanzen ⁸⁷⁾ sieht der BGH allein die Risikoverteilung zwischen den Partnern eines Vertriebssystem als ausschlaggebend für die Zulässigkeit von Preisbindungen an. Dieses Kriterium wird der Interessenlage der Vertriebspartner gerecht. Denn aus Sicht des gebundenen Vertragspartners ist der Schutz der wettbewerbsrelevanten Preisgestaltungsfreiheit nur dann erforderlich, wenn dieser auch die Wettbewerbsrisiken aus den Vertriebsgeschäften trägt ⁸⁸⁾. Insofern ist dem BGH zuzugestehen, daß er im Gegensatz zu den rein privatrechtsorientierten Auffassungen seine Begründung auf wirtschaftliche und wettbewerbsbezogene Argumente stützt ⁸⁹⁾.

Allerdings hängt die Zulässigkeit von Preisbindungen hiernach ausschließlich von der Vertragsgestaltung ab, die die Partner des Erstvertrages wählen. Das Kriterium der Risikoverteilung berührt dagegen nicht das Verhältnis zwischen gebundenem Unternehmer und Drittem (Zweitverträge). Vertriebsrisiken können zwar die Höhe des Endverbraucherpreises beeinflussen. Jedoch kommt es insoweit weniger darauf an, wer innerhalb einer Absatzorganisation die Risiken trägt, als vielmehr darauf, ob Risikoaufschläge auf den Preis am Markt durchsetzbar sind. Die Reich-

87) BKartA WuW/E 2125, 2128 - Telefunken-Partner-Vertrag II -; KG WuW/E OLG 3457, 3459 - Telefunken-Partner-Vertrag II -

88) Schwark, NJW 1986, 2957

89) Zustimmend deshalb Klawitter, GRUR, 1986, 754

weite des Preisbindungsverbots ist nach der Rechtsprechung des BGH aber allein nach Kriterien zu ermitteln, die sich im Außenverhältnis der gebundenen Unternehmer zu ihren Abnehmern nicht auswirken. Gegen diesen Bewertungsmaßstab ergeben sich Bedenken, weil durch eine Preisbindung die Freiheit, die Preise auszuhandeln, für die Zweitverträge ausgeschlossen wird, die wettwerbsbeschränkende Wirkung einer Preisbindung sich also gerade im Außenverhältnis zeigt. Die Eignung der Risikoverteilung als ausschlaggebender kartellrechtlicher Beurteilungsmaßstab muß daher in Zweifel gezogen werden. Stellt man lediglich auf die Frage der Risikoverteilung ab, so wird das Problem der Preisbindung verkürzt auf einen Interessenausgleich ausschließlich zwischen den Vertragspartnern des Erstvertrages. Dies ist die typisch privatrechtliche Sicht, die schon gegenüber dem Ansatz der Immanenztheorie kritisiert worden ist. Auch in der einschlägigen Entscheidung des BGH wird keine Begründung dafür angegeben, warum die privatrechtliche, der Risikoverteilung entnommene Angemessenheit des Preisweisungsrechts dessen kartellrechtliche Zulässigkeit auch gegenüber den betroffenen Dritten indizieren solle ⁹⁰. Insbesondere überzeugt die Argumentation des BGH insoweit nicht, als er in § 15 GWB nicht nur eine individuelle Schutznorm zugunsten des gebundenen Unternehmers sieht, sondern auch eine Regelung, die dem Interesse des freien Wettbewerbs dienen soll ⁹¹:

"Durch diese Vorschrift soll einem Mißbrauch der grundsätzlich bestehenden Vertrags- und Vertragsgestaltungsfreiheit entgegengewirkt und die Ent-

90) Vgl. Schwark, NJW 1986, 2954

91) BGH WuW/E BGH 2238, 2242 - BH-Partner-Vertrag -

schließungsfreiheit des Vertragspartners für die Gestaltung des Zweitvertrages nicht zuletzt im Interesse eines freien Wettbewerbs bewahrt werden (Begr. des RegE, BT-Drucks II/1158, S. 26; vgl. auch BGH WuW/E 1519, 1520 - 4 zum Preis von 3; BGHZ 80, 43, 53 - Garant-Lieferprogramm)."

Vor allem dann, wenn § 15 GWB nicht in erster Linie den Schutz des gebundenen Vertragspartners bezweckte, sondern vorwiegend der Aufrechterhaltung der Gestaltungsfreiheit im Interesse des freien Wettbewerbs dient - der BGH legt sich mit seiner Formulierung "nicht zuletzt" nicht fest -, spräche dies dagegen, die Reichweite des Preisbindungsverbotes allein anhand der Erstvertragsbeziehungen zu bestimmen. Denn da die Risikoverteilung auf die Teilnahme am Wettbewerb im Außenverhältnis, also insbesondere gegenüber der Marktgegenseite keine Rolle spielt, wird nicht klar, wie im Hinblick auf dieses Entscheidungskriterium der Schutz des Wettbewerbs - und sei es nur reflexhaft - bewirkt werden soll. Vielmehr läuft die Auffassung Gefahr, § 15 GWB zur Disposition derjenigen zu stellen, die dem Preisbindungsverbot nach dem Gesetz unterworfen sein sollten⁹²⁾. Fraglich erscheint es deswegen auch, ob mit dem BGH das Verhältnis und die Bedeutung unterschiedlicher Schutzziele des Preisbindungsverbotes zueinander offen gelassen werden können. Denn erst eine solche differenzierende Analyse der Normzwecke des § 15 GWB könnte möglicherweise eine Begründung dafür liefern, ausschließlich auf die Risikovertei-

92) Eine ähnliche Argumentation gegenüber einer zu sehr privatrechtsorientierten Auslegung des § 18 GWB im Hinblick auf Handelsvertreterverhältnisse hat schon Koenigs, in Wettbewerb als Aufgabe, S. 301, 317 vertreten

lung zwischen den Erstvertragspartnern abzustellen.

Der BGH orientiert sich demgegenüber ohne eine solche Begründung an den als privatrechtlich zu charakterisierenden Interessen der Erstvertragspartner, hier zudem einseitig an denen des preisbindenden Unternehmens. Der Kartellsenat knüpft in seiner Telefunken-Entscheidung insofern zwar nicht formaljuristisch an zivilrechtliche Gestaltungen an. Soweit er mit der (rein produktbezogenen) Risikoverteilung einen wirtschaftlichen Maßstab seiner Entscheidung zugrunde legt, spiegelt sich hierin jedoch eine typisch privatrechtliche Sicht wieder. Damit kann das Gericht nicht das der Immanenztheorie anhaftende Begründungsdefizit beseitigen. Die Argumentation des BGH liefert nur die zivilrechtliche, nicht aber die erforderliche, eigenständige kartellrechtliche Legitimation einer Preisbindung im Rahmen von Vertriebssystemen. Dies ist darauf zurückzuführen, daß die Immanenztheorie unterschwellig Schutzzwecke des Zivilrechts auf das Kartellrecht übertragen will und den Sinn und Zweck von Normen des GWB nicht eigenständig ermittelt.

Soweit der BGH allein die Risikoverteilung als ausschlaggebend ansieht, kann dem daher hier nicht gefolgt werden. Diese Abgrenzung vermag nur der Interessenlage im Innenverhältnis der Erstvertragspartner gerecht zu werden. Es wird im Folgenden zu untersuchen sein, ob die Reichweite des § 15 GWB nach seiner Zielsetzung nicht auch im Hinblick auf die Außenwirkungen einer Preisbindung zu bestimmen ist.

III. Kriterium der Wettbewerbsschädlichkeit

Demgegenüber plädiert Möschel für eine Interpretation des § 15 GWB nach vorwiegend ökonomischen Kriterien¹⁾. Neben der Risikoverteilung will er für die Beurteilung von Vertriebssystemen darauf abstellen, ob von der jeweiligen Absatzorganisation pro- oder aber kontrakompetitive Wirkungen ausgehen²⁾. Maßgebend sind also nicht nur die interne Risikoverteilung zwischen den Erstvertragspartnern, sondern auch die Außenwirkungen einer Preisbindung. Mit dieser Kombination unterschiedlicher Kriterien erreicht Möschel im Gegensatz zum BGH eine Berücksichtigung sowohl der Interessen der gebundenen Unternehmer, hier der Handelsvertreter, als auch der betroffenen Partner des Zweitvertrages, der Warenabnehmer. Die Argumentation Möschels könnte mithin neben einer privatrechtlichen Legitimation von Preisbindungssystemen auch eine eigenständige kartellrechtliche liefern.

Fraglich ist jedoch, ob das Kriterium der Wettbewerbsschädlichkeit in die Auslegung des § 15 GWB einbezogen werden darf. Möschel begründet seinen Abgrenzungsvorschlag wie folgt^{2):}

"Da § 15 GWB letztlich auf den Schutz freier Wettbewerbsprozesse zielt, sollte die Anwendung des bestehenden Verbots nicht kontraproduktiv wirken. Zu einer ausdehnenden Auslegung bis hin zu integrationsähnlichen Vertriebsformen wie im Telefon-Partnerschaftssystem besteht wettbewerbspolitisch kein Anlaß. Das Gesetz läßt Spielraum. Es

1) Möschel, BB 1985, 1477, 1481 ff.; ders., JA 1986, 525, 528

2) Möschel, BB 1985, 1477, 1483

überträgt damit dem entscheidenden Richter freiwillig auch die Verantwortung."

Diese Argumentation muß vor dem Hintergrund der wettbewerbstheoretischen Analyse von Preisbindungssystemen gesehen werden, die Möschel durchführt. Er kommt hierin zu dem Ergebnis, daß Preisbindungen im Rahmen integrierter Vertriebssysteme i. d. R. nicht dazu mißbraucht werden könnten, höhere Verkaufspreise durchzusetzen, solange ein wirksamer Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Herstellern (inter-brand) bestehen bleibe. Damit sieht er eine der Grundaussagen der Chicagoer-Schule tendenziell bestätigt, wonach vertikale Beschränkungen der Vertragsfreiheit aus wettbewerbspolitischer Sicht zu vernachlässigen seien. Aufgrund dieses Befunds ist er der Ansicht, daß - de lege ferenda - vertikale Wettbewerbsbeschränkungen einer rule-of-reason oder aber einem Verbot mit umfangreicheren, klar umrissenen Ausnahmetatbeständen unterstellt werden sollten ³⁾. Hieraus zieht er für die sachgerechte Auslegung des geltenden Rechts die Folgerung, daß das von ihm als zu streng empfundenen per-se-Verbots des § 15 GWB eng interpretiert werden müsse.

An dieser Stelle drängt sich die Frage auf, ob Möschel die Grenzen der Auslegung (de lege lata) nicht überschritten hat ⁴⁾. Es wird schon nicht so recht

3) Insofern scheint Möschel von einer Verschärfung der Regeln über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen absehen zu wollen. 1974 hatte er - interessanterweise auch vor dem Hintergrund amerikanischer Erfahrungen - de lege ferenda noch vorgeschlagen, auch § 18 GWB als per-se-Verbot zu normieren, Möschel, Oligopolmißbrauch, S. 217 f.

4) Diese Kritik klingt schon bei Rittner, DB 1985, 2543, 2544 dort unter III., 5. an, wenn er im Hinblick auf Möschels Aufsatz auf seine eigenen Vorschläge zu vertikalen Preisbindungen de-lege-ferenda (!) hinweist

deutlich, wie die von ihm vorgeschlagene enge Auslegung methodisch durchgeführt werden soll. Allein der Hinweis, das Gesetz räume dem Richter einen entsprechenden Entscheidungsspielraum ein, verschafft insofern keine Klarheit. Bezweifelt werden muß vielmehr, daß die Anwendung des § 15 GWB von einer Abwägung positiver und negativer Auswirkungen einer Preisbindung auf den Wettbewerb abhängig gemacht werden kann. Im Gegensatz zu anderen Vorschriften des GWB (z. B. §§ 18, 38 Abs. 2, 38 a GWB) hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die Praktikabilität des Preisbindungsverbotes bewußt auf einen Marktergebnistest verzichtet⁵⁾. Der Wettbewerb zwischen den Händlern derselben Waren (intra-brand-Wettbewerb) wird auch unabhängig davon geschützt, ob wirksamer Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Fabrikaten (inter-brand-Wettbewerb) besteht⁶⁾. Vergleicht man die Vorschrift mit dem Kartellverbot, so kommt es für die Anwendung des § 15 GWB nicht einmal auf die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung an. Der Gesetzgeber ist also davon ausgegangen ist, daß Preisbindungen der zweiten Hand regelmäßig zu nachteiligen Auswirkungen für den Wettbewerb führen. Mit dem strengen per-se-Verbot hat er eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung für die Wettbewerbsschädlichkeit vertikaler Preisbindungen geschaffen⁷⁾. Die Vorschrift des § 15 GWB kann deshalb nicht im Wege der Auslegung in eine rule-of-reason umgedeutet werden. Auch kompensierende prokompetitive Auswirkungen von Preisbindungen können bei der Anwendung des Preisbindungsverbots nicht ins Gewicht fallen. Unter

5) Siehe hierzu Belke, ZHR 138 (1974), 227, 244; Fikentscher, FS. Hueck, S. 543, 561

6) Belke, aaO

7) Zum Charakter des § 15 GWB als eines kartellrechtlichen Gefährungstatbestandes siehe oben Teil 1, B

Hinweis auf die Entstehungsgeschichte hat es der BGH bisher auch zutreffend abgelehnt, wirtschaftspolitische Erwägungen mit in die Auslegung des Preisbindungsverbots einzubeziehen⁸⁾:

"Eine weitergehende Einengung des Anwendungsbereichs des § 15 GWB aufgrund allgemeiner wirtschaftspolitischer Erwägungen, etwa zur Sicherung des Leistungswettbewerbs oder der allgemeinen Verhinderung von Diskriminierungen, widerspräche der Systematik des Gesetzes. Wo der Gesetzgeber Ausnahmen von grundsätzlichen Verboten für notwendig erachtet hat, sind diese in Einzeltatbeständen festgelegt worden; generalklauselartige Ausnahmen hat der Gesetzgeber bewußt vermieden (vgl. für Ausnahmen vom Kartellverbot die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. II/ 1158, S.25)."

Im Hinblick auf die zivilrechtlichen Folgen des § 15 GWB führte Möschels Auffassung zudem zu äußerst unpraktischen Ergebnissen. Denn die Wirksamkeit der preisrelevanten Klauseln für jeden einzelnen Vertriebsvertrag hinge jeweils von den wettbewerblichen Auswirkungen des gesamten Vertriebssystems, insbesondere von dem Bestehen wesentlichen Wettbewerbs zwischen den konkurrierenden Unternehmen auf der Herstellerebene ab. Da sich eine solche Marktsituation auch ändern kann, schwebte über den Vertriebsverträgen ständig das Damoklesschwert der kartellrechtsbedingten Nichtigkeit. Dieses Ergebnis läßt sich aber mit den Anforderungen der Rechtssicherheit kaum vereinbaren.

Daß der Gesetzgeber darauf bedacht war, solche, der Rechtssicherheit widersprechende Ergebnisse zu ver-

8) BGH WuW/E BGH 1787, 1792 - Garant -

meiden, ergibt sich schon aus der Systematik des GWB. Marktergebnistests, die im Laufe der Zeit zu unterschiedlichen wettbewerbsrechtlichen Beurteilungen führen können, enthalten nämlich nur Vorschriften, die nicht zugleich die zivilrechtliche Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen anordnen. In diesen Fällen, die der Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden unterliegen, kann dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Ermessensausübung Rechnung getragen werden. Nach dem Rechtsstaatsprinzip können sich die Betroffenen nämlich gegenüber einer Verwaltungsentscheidung auf den Vertrauensschutz berufen. Dies ist bei Anordnung einer per-se-Nichtigkeit grundsätzlich nicht möglich⁹⁾. Dem Rechtsstaatsprinzip kann hier nur dadurch Rechnung getragen werden, daß die Kriterien (Tatbestandsvoraussetzungen) für die Nichtigkeit bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses feststehen. Der Gesetzgeber hat dies sowohl in § 15 GWB als auch in dem weiteren zivilrechtlichen Verbotstatbestand, dem § 1 GWB, berücksichtigt. Der aufgezeigte Zusammenhang wird bei der Anwendung des Kartellverbots besonders deutlich. Für die Anwendung der Vorschrift kommt es zwar darauf an, ob ein Kartell geeignet ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Anders als in den genannten Mißbrauchstatbeständen, erfordert das aber keine Marktergebniskontrolle, sondern lediglich eine für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu treffende

9) Hier sollen nicht Ausnahmefälle berücksichtigt werden, in denen beispielsweise aufgrund jahrelang einverständlicher, vom Kartellamt gebilligter Praktizierung unwirksamer Verträge es nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein kann, daß sich einer der Vertragsbeteiligten auf die Nichtigkeit einer Vereinbarung berufen kann. Zu denken wäre insofern etwa an Fallgestaltungen, die der des Aral-Beschlusses (KG WuW/E OLG 3685 ff.) entsprechen.

Prognose. Möschels Auslegungsmaßstab, nach dem die Anwendung des § 15 GWB von den tatsächlichen Auswirkungen einer Preisbindung auf den Wettbewerb abhängen soll, wird also dem kartellrechtlichen Verbotsstatbestand des § 15 GWB gerecht ¹⁰⁾. Wie sich aus der systematischen Gegenüberstellung zu den Mißbrauchstatbeständen ergibt, widersprechen solche Kriterien der Funktion (Gefährdungsnorm) und der gesetzestechnischen Konzeption der Verbotsvorschriften mit zivilrechtlicher Nichtigkeitssanktion.

Eine enge Auslegung des Preisbindungsverbots wird auch nicht von der Gesetzessystematik des GWB getragen. Denn seit der 2. Kartellrechtsnovelle ist das Kartellrecht auf die umfassende Abschirmung aller Marktstufen vor tatsächlicher vertikaler Preisbeeinflussung ausgerichtet ¹¹⁾. Dies unterstreicht den Charakter des § 15 GWB als strenge Gefährdungsnorm, die so weit wie möglich vor Umgehungen geschützt werden soll (vgl. §§ 25 II, 38 I Nr. 11, 26 II S. 2 GWB und die enge Ausnahme in § 38 a GWB). Systematisch läßt sich daher eher eine weite als eine enge Auslegung des Preisbindungsverbots begründen ¹²⁾. Damit ist jedoch für die konkrete Beurteilung eines Vertriebssystems noch nicht viel gewonnen.

10) Soweit Ebenroth, DB 1985, 1825, 1830 für die Beurteilung von Einkaufskooperationen nach § 1 GWB - vergleichbar dem Vorschlag Möschels für die Auslegung des § 15 GWB - ebenfalls die wettbewerbsfördernden und -schädlichen Auswirkungen solcher Zusammenschlüsse gegeneinander abwägen will, verweist auch das BKartA, Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 7./8. 10. 1985, S. 25, in seiner Kritik an dem Vorschlag zutreffend auf den Gesichtspunkt der nicht gewährleisteten Rechtssicherheit.

11) Siehe Belke ZHR, 138 (1974), 227, 245

12) Für eine weite Auslegung des § 15 GWB aus diesem Grund BGH WuW/E BGH 1787, 1791 f. - Garant -

Da zudem der Wortlaut des § 15 GWB keinen Anhaltspunkt für die von Möschel vorgeschlagene Auslegung ergibt, ist auch nicht ersichtlich, wie dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernis Rechnung getragen werden könnte ¹³⁾.

Wenn aus diesen Gründen der Auffassung Möschels hier nicht gefolgt werden soll, so muß doch ein Vorzug seiner Abgrenzung gegenüber der im Telefunken-Beschluß des BGH praktizierten Abgrenzung hervorgehoben werden. Durch die Kombination des Abgrenzungskriteriums der Risikoverteilung mit einem weiteren spezifisch kartellrechtlichen Maßstab versucht er zu einer zivilrechtlich wie kartellrechtlich legitimierten Lösung des Problems zu gelangen. Möglicherweise weist diese Art der Problembewältigung den richtigen Weg, die Grenze zwischen privatrechtlich erlaubter und kartellrechtlich verbotener Preisbindung zu ziehen.

13) Vgl. oben II. 4, siehe auch BKartA aaO gegen Ebenroth

IV. Ungeschriebener Freistellungstatbestand

Auf eine spezifisch wettbewerbsrechtliche Argumentation will auch Vollmer ¹⁾ eine teleologische Reduktion der Vorschrift des § 15 GWB stützen. Ausgehend von einer weiten Interpretation des Wortlauts und unter Berücksichtigung von Sinn und Zwecks der Regelung fallen Preisbindungen im Rahmen von Handelsvertreterverhältnissen seiner Meinung nach grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 15 GWB ²⁾. Die Vorschrift solle nämlich verhindern, daß der jeweils nachgelagerten Absatzstufe Preisbindungen vertraglich auferlegt würden. Dem stehe auch nicht das sich aus dem Gesetz ergebende Preisweisungsrecht des Geschäftsherrn gegenüber seinem Handelsvertreter entgegen. Denn letztlich sei auch dies ein Ergebnis vertraglicher Vereinbarung ³⁾.

Übernehme jedoch der Hersteller im Rahmen von Absatzsystemen Vertriebsrisiken, so könne dies zur kartellrechtlichen Freistellung solcher Organisationen vom Preisbindungsverbot führen. Das ergebe sich zwar nicht aus der institutionellen, kodifizierten Risikoverteilung bei Agenturverhältnissen. Die Risikoübernahme durch den Hersteller erfolge jedoch typischerweise, um die Warenerzeugung und -verteilung zu verbessern. Somit seien die Voraussetzungen für eine Freistellung von den Vorschriften des GWB, wie sie beispielsweise in § 5 Abs. 3 GWB und Art. 85 Abs. 3 EWGV normiert seien, gegeben. Denn die mit der effizienteren Distribution auch für die Verbraucher verbundenen Vorteile glichen regelmäßig die von

1) Vollmer, Preisbindungen, S. 78 ff., ders., DB 1984, 226 ff.

2) Vollmer, Preisbindungen S. 79 f.

3) Vollmer aaO

der Preisbindung ausgehenden Nachteile aus ⁴⁾. Vollmer will eine solche allgemeine Freistellung vom Preisbindungsverbot jedoch nicht grenzenlos zulassen. Nach dem Vorbild der §§ 17, 38 a GWB sollen vielmehr auch (freigestellte) Preisbindungen im Rahmen von Vertriebssystemen einer besonderen Mißbrauchskontrolle unterworfen sein. Diese Kontrolle müsse eingreifen, wenn die Preisbindung bewußt zur Erhöhung der Abgabepreise eingesetzt werde oder wenn ein wesentlicher (Interbrand-) Preiswettbewerb fehle oder aber beeinträchtigt sei ⁵⁾. Ein derartiger Mißbrauch könne dann im Wege der Untersagungsverfügung durch die Kartellbehörden abgestellt werden ⁶⁾.

Inzwischen aufgegeben hat Vollmer wohl die Auffassung, ein Mißbrauch im oben genannten Sinn müsse anhand von UWG-Maßstäben ermittelt werden ⁷⁾. Danach sollte eine zunächst zulässige Preisbindung unter § 15 GWB fallen, wenn dadurch in "besonders wettbewerbswidriger Weise" Beeinträchtigungen des Wettbewerbs herbeigeführt würden. Im Anschluß an eine früher vertretene Rechtsprechung des BGH ⁸⁾ wäre die Preisbindungsmöglichkeit ausgeschlossen, wenn sie der Funktion des Einzelhändlers widerspräche, die in der objektiven Beratung des Verbrauchers bestehe. Dies sei der Fall, wenn der Händler im Verkaufsgespräch nur deswegen bestimmte Waren ohne Rücksicht auf deren tatsächliche Qualität im Verkaufsgespräch anpreise, weil der Vertrieb preisge-

4) Vollmer, aaO S. 80 f.

5) Vollmer, aaO S. 85 ff.

6) Vollmer, aaO S. 95 f.

7) DB 1984, 226, 228 f.

8) Sog. "Funktionstheorie", vgl. BGH DB 1977, 392 u. 535; das Gericht ist inzwischen aber hiervon abgerückt, vgl. BGH DB 1982, 2176 u. 2177 m. Anm. Meier, DB 1982, 2178

bundener Kommissions- oder Agenturware für ihn risikolos sei.

Charakteristisch für die von Vollmer vorgeschlagene Lösung ist, daß sie sich sehr weit vom gesetzlichen Regelungsmechanismus des § 15 GWB entfernt. Es verwundert daher nicht, wenn die teils scharfe, teils zynische Kritik hervorgerufen hat. So wird Vollmer entgegengehalten, er beziehe in "unhaltbarem Synkretismus" Wertungen der kartellrechtlichen Mißbrauchstatbestände in die Auslegung des Preisbindungsverbots mit ein⁹⁾. Er stemple damit den deutschen Verbraucher als einen "pathologischen Schwachkopf" ab, der der amtlichen Betreuung bedürfe¹⁰⁾. Trotz aller Polemik sind diese Einwände, wie sich zeigen wird, nicht ganz unberechtigt.

Zunächst erscheint schon die wettbewerbspolitische Grundüberlegung angreifbar, nach der die Übernahme von Vertriebsrisiken durch den Hersteller in der Regel erfolge, um eine effizientere Vertriebsgestaltung herbeizuführen. Denn zusätzliche Risiken wird ein Hersteller in erster Linie übernehmen, um einen entsprechend höheren Gewinn zu erwirtschaften. Bessere Gewinnchancen kann er sich möglicherweise zwar auch von einer verbraucherfreundlichen, wettbewerbsfördernden Verbesserung des Vertriebssystems ver-

9) Baur, BB 1985, 1821, 1827 Fn. 82

10) Möschel BB 1985, 1477, 1480 Fn.36; dies hindert Möschel aber andererseits auch nicht daran, die Preisbindungsmöglichkeit im Falle Telefunken als Mittel gegen das sog. "free-rider-Phänomen" zu befürworten. Per Preisbindung soll danach der (pathologisch dumme ?) Verbraucher davor bewahrt werden, Informationen über Waren beim teuren Fachhändler einzuholen, die Ware selbst aber beim Billig-discounter (free-rider) zu beziehen und so dem gut beratenden Fachhandel (zum Schaden des Verbrauchers) die wirtschaftliche Grundlage zu entziehen.

sprechen. Allerdings ist es fraglich, ob eine Risikoübernahme in der Regel hierzu führen wird und nicht dazu eingesetzt wird, wettbewerbswidrige Ziele zu erreichen, beispielsweise höhere Preise. Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis ist schon unter Wettbewerbstheoretikern sehr umstritten ¹¹⁾. Zweifelhaft ist jedenfalls, ob eine solche Regel unabhängig von den zu vertreibenden Produkten und Marktverhältnissen aufgestellt werden kann. Im Hinblick darauf bestehen erhebliche Bedenken, den verallgemeinernden Vorschlag Vollmers als Grundlage für die rechtliche Beurteilung von Vertriebssystemen zu verwenden ¹²⁾.

Unabhängig hiervon muß die Existenz eines ungeschriebenen, kartellrechtlichen Freistellungstatbestandes für das GWB bezweifelt werden. Aus den von Vollmer zitierten Vorschriften kann ein solcher Rechtfertigungsgrund für das GWB nicht abgeleitet werden. Soweit er auf Art. 85 Abs. 3 EWGV verweist, fehlt es an einer vergleichbaren Interessenlage und damit an einer Analogiegrundlage ¹³⁾. Die Art. 85 f. EWGV enthalten nämlich eigenständige Regeln, deren Zweck nicht zuletzt darin besteht, eine Beeinträchtigung des Handelns zwischen den Mitgliedstaaten der EG zu verhindern ¹⁴⁾. EG-Recht kann deshalb

11) Vgl. oben Teil 1, B

12) Grundsätzliche Bedenken gegen die vorbehaltlose Übernahme wirtschaftswissenschaftlicher Konzepte für die Gesetzesauslegung bei Wank, S 121 f.

13) Zutreffend Koller, Großkommentar zum HGB, § 383, Rdnr. 57 a. E.

14) Nur unter dieser Voraussetzung kann Art. 85 Abs. 1 EWGV schon seinem Wortlaut nach Anwendung finden; zu dieser Ausrichtung des EG-Kartellrechts siehe auch Schröter in Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 94 Rdnr. 1 - 4, insbesondere auch Artikel 85 Abs. 1 Rdnr. 82

nicht ohne eine ausdrückliche Bestätigung durch den deutschen Gesetzgeber auf das GWB übertragen werden¹⁵⁾. Ein allgemeiner Freistellungstatbestand läßt sich auch nicht aus § 5 Abs. 3 GWB ableiten. Dannach wird abweichend vom strengen per-se-Verbot für bestimmte Rationalisierungskartelle eine rule-of-reason zugelassen. Anders als Art. 85 Abs. 3 EWGV enthält die Vorschrift aber keine allgemeine Freistellungsregel, sondern eine eng begrenzte Ausnahme zum Kartellverbot. Hieraus kann nicht gefolgert werden, daß das strikte per-se-Verbot des § 15 GWB im Wege der Auslegung zu einem Mißbrauchstatbestand umgedeutet werden könnte. Ein solche Interpretation der Vorschrift läßt sich auch nicht aus deren Wortlaut ableiten. Sie kann daher dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernis nicht gerecht werden¹⁶⁾.

Die Auffassung Vollmers verkennt aber insbesondere den unterschiedlichen Regelungsgehalt kartellrechtlicher Mißbrauchs- und Verbotstatbestände. Hinter dieser Differenzierung verbirgt sich nämlich nicht eine rein rechtstechnische Regelungsfrage. Vielmehr stehen beide Normtypen für ganz unterschiedliche Konzeptionen, Wettbewerbsbeschränkungen zu begegnen. Nach dem Verbotsprinzip sind kartellrechtsrelevante Verhaltensweisen geregelt, die der GWB-Gesetzgeber als grundsätzlich wettbewerbsbeschränkend angesehen hat. Mißbrauchstatbestände dagegen haben Sachverhalte zum Gegenstand, die grundsätzlich als zulässig,

-
- 15) Auch nach Art. 85 Abs. 3 EWGV bedarf es im übrigen einer ausdrücklichen Freistellung durch die Kartellbehörden. Diese kann als befristete Einzelfreistellung oder Gruppenfreistellung erfolgen. Insofern weicht der Vorschlag Vollmers, der eine automatische Freistellung annehmen will, auch von dieser Vorschrift ab.
- 16) Zum Bestimmtheitserfordernis nach Art. 103 Abs. 2 GG siehe oben Teil 3, A

allerdings als mißbrauchsanfällig beurteilt werden¹⁷⁾. In der Regelungstechnik kommt also schon die gesetzgeberische Bewertung bestimmter Verhaltensweisen zum Ausdruck. Der Gesetzgeber weist bewußt die Beurteilung kartellrechtsrelevanter Sachverhalte teilweise den Kartellbehörden zu (Mißbrauchsprinzip), teilweise nimmt er diese Beurteilung aber auch selbst vor (Verbotsprinzip) und schließt damit eine eigenständige Bewertung der Wettbewerbsschädlichkeit solcher Verhaltensweisen durch die Kartellbehörden aus¹⁸⁾. Hierin, nicht in der Frage, ob die jeweiligen Regeln privatrechtsgestaltend sind oder nicht, liegt der maßgebliche Unterschied beider Regulationsarten¹⁹⁾.

Daß dies auch vom Kartellgesetzgeber so gesehen worden ist, ergibt sich deutlich aus den Gesetzgebungsberatungen zum GWB. Insbesondere die Frage, ob Kartelle nach dem Verbots- oder dem Mißbrauchsprinzip behandelt werden sollten, hat nämlich in der Gesetzgebungsphase zu jahrelang andauernden Auseinandersetzungen der unterschiedlichen wettbewerbspolitischen Lager geführt²⁰⁾.

-
- 17) Vgl. auch Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht S. 1 f.
 - 18) Soweit den Kartellbehörden über das Opportunitätsprinzip auch hier Entscheidungsspielräume eröffnet sind, betrifft dies nicht die grundsätzliche Beurteilung verbotener Verhaltensweisen sondern die Frage, ob ein Einschreiten der Verwaltung geboten ist.
 - 19) Baur aaO; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 145 ff. unterscheidet deswegen auch zutreffend zwischen "ipso jure" und "kraft Verfahrens" angeordneten Rechtsfolgen.
 - 20) Sie fanden letztlich in einem Kompromiß, Verbotsprinzip mit engen Ausnahmetatbeständen in den §§ 1 ff. GWB, ihr Ende, vgl. dazu Kartte/Holtzschneider in, Handbuch des Wettbewerbs S. 193, 205 ff; schon nach der Entstehungsgeschichte kann deshalb § 5 Abs. 3 GWB keinen verallgemeinerungsfähigen Grundsatz für das Kartellgesetz enthalten.

Dafür, daß der Gesetzgeber die beiden Regelungstypen auch im Bereich vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen bewußt unterschiedlich verwandt hat, spricht auch die abgestufte Regelung der Rechtsfolgen in § 15 GWB einerseits und § 18 GWB andererseits. Soweit nun Vollmer einen ungeschriebenen Freistellungstatbestand und eine Mißbrauchsaufsicht für die Beurteilung vertikaler Preisbindungssysteme auf Agenturbasis vorschlägt, setzt er sich damit über den Willen des Gesetzgebers hinweg. Denn bei den Beratungen zu § 10 des Entwurfes zum GWB (heute § 15 GWB) war die Problematik solcher Verträge bekannt ¹⁹⁾. Darauf beruft sich auch Vollmer. Gleichwohl ist daraus nicht die Konsequenz gezogen worden, solche Verträge vom Preisbindungsverbot freizustellen, insbesondere nicht, sie einer Mißbrauchsaufsicht zu unterwerfen. Die Frage, ob derartige Preisbindungen unter § 15 GWB fallen, sollte auch nach der Entstehungsgeschichte nicht von einer Mißbrauchsverfügung der Kartellbehörden abhängig sein. Die Grenzziehung sollte den "Richtern" überlassen sein, also der Gesetzesauslegung ²¹⁾. Zumindest rechtstechnisch überzeugt der Lösungsansatz Vollmers nicht. Er widerspricht der Systematik kartellrechtlicher Regelungen, da er zwei alternativ normierte Regelungsprinzipien miteinander vermischt.

Allerdings bedeutet das nicht, daß die Wertungen Vollmers für die erforderliche Gesetzesauslegung nicht nutzbar gemacht werden können.

Soweit er jedoch auf Wertungen des UWG für die Auslegung des § 15 GWB zurückgreifen will, ist das weder von Wortlaut noch vom Sinn und Zweck der Vor-

21) Vgl. oben das Zitat unter C.

schrift gedeckt ²²⁾. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale lassen schon ihrer Formulierung nach nicht erkennen, inwieweit sittenwidriges (täuschendes) Handeln der gebundenen Unternehmen dazu führen sollte, Preisbindungen kartellrechtlich als unzulässig anzusehen. Anders als beispielsweise in § 26 Abs. 2 oder 22 Abs. 4 u. 5 GWB hängt das Eingreifen des Preisbindungsverbotes nicht von einer Bewertung der Interessen der Beteiligten oder von einer mißbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht ab, also von unbestimmten Rechtsbegriffen, die Schnittstellen für die Anwendung von UWG-Wertungen sein könnten ²³⁾.

Dies entspricht aber auch nicht dem Normzweck des § 15 GWB, der auf die Erhaltung der Freiheit der Preisgestaltung ausgerichtet ist. Die Funktion des Preisbindungsverbotes besteht mithin darin, preisrelevante Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden ²⁴⁾, ohne daß weitere (unlautere) Verhaltensweisen

22) Dagegen Riesenkampff, BB 1984, 2026, 2029; Möschel, BB 1985, 1477, 1480 Fn. 36; Baur, BB 1985, 1821, 1827; Ganai, S. 247 f.;

23) Zum Verhältnis dieser Vorschriften zum UWG siehe nur Rinck/Schwark, Rz. 231 f., 665 f.; Baudenbacher, GRUR 1981, 19, 23 ff.: hier geht es eher um die Frage, ob beide Normenkomplexe nebeneinander angewandt werden können, weniger darum, ob die jeweils zugrundeliegenden Wertungen auf den anderen Regelungsbereich übertragen werden können. Vereinzelt wird aber angenommen, daß sittenwidriges Verhalten i. S. d. UWG präjudiziell für die Auslegung des GWB sei, so vorsichtig angedeutet von Raisch in, Wettbewerb als Aufgabe, S. 357, 392 für § 22 GWB. Im Rahmen anderer Vorschriften, insbesondere des § 1 GWB, wird dagegen vor allem diskutiert, ob das Kartellrecht auch unlauteres Wettbewerbsverhalten schütze (vgl. IM-Immenga § 1 Rdnr. 224 ff.; zu § 15 GWB siehe auch BGH WM 1987, 358, 359). Das betrifft aber nicht die Frage, ob Lauterkeitsmaßstäbe erst zur Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften führen sollten, sondern umgekehrt die, ob ein gesetzwidriges, unlauteres Verhalten die Anwendung des GWB (als Schutzgesetz) ausschließt (vgl. BGH aaO).

24) So auch Belke, ZHR 138 (1974), 227, 244,

hinzukommen müssen ²⁵⁾. Stellt Vollmer demgegenüber darauf ab, daß eine Preisbindung im Rahmen von Agentursystemen in "besonders wettbewerbswidriger" Art und Weise erfolge, richtet sich dies nicht mehr gegen den wettbewerbswidrigen Gebrauch des Wettbewerbsparameters Preis, sondern gegen den unlauteren Einsatz der Nebenleistungen, hier der Beratung durch die Handelsvertreter. Diese Lösung wird also dem ausschließlich auf die Festsetzung von Preisen (und Konditionen) bezogenen Normzweck des § 15 GWB nicht gerecht. Die Argumentation kann auch nicht darauf gestützt werden, daß dem Preisbindungsverbot verbraucherschützender Charakter zukomme ²⁶⁾. Denn auch diese Annahme kann im Hinblick auf den beschriebenen Normzweck wiederum nur zu der Schlußfolgerung führen, daß die Erhaltung der Preisgestaltungsfreiheit nicht ausschließlich dem Schutz der gebundenen Erstvertragspartner dienen soll, sondern auch dem der Verbraucher als Partner des Zweitvertrages. Kann sich dieser Umstand möglicherweise auf die Auslegung des § 15 GWB auswirken, so darf doch hieraus nicht ein umfassender Schutz der Verbraucher auch gegen parteiische Beratung durch die Händler entnommen werden ²⁷⁾. Dies muß im Zweifel durch die eigenständige Anwendung des UWG erfolgen. Denn unabhängig davon, ob ein Preisbindungssystem in den Anwendungsbe- reich des § 15 GWB fällt, könnten die Regelungen der §§ 1 und 3 UWG gegenüber einer systematischen, parteiischen Verbraucherberatung eingreifen und zugunsten der Verbraucher geltend gemacht werden (§ 13

25) Auf diesen weiteren gesetzessystematischen Unterschied der Verbots- und Mißbrauchstatbestände weist zutreffend Knöpfle, Die marktbezogene Unlauterkeit, S. 20 hin

26) So aber Vollmer, DB 1984, 226, 228

27) Im Ergebnis ebenso Ganai, S. 248

Abs. 1 a UWG). Allerdings müßte dann nachgewiesen werden, daß die Risikouibernahme durch den jeweiligen Hersteller tatsächlich zu einer solchen Verhaltensweise führt ²⁸⁾.

Soweit Vollmer zur Auslegung des § 15 GWB auf die Ausnahmetatbestände §§ 16 und 38 a Abs. 1 GWB und die dazugehörigen Mißbrauchstatbestände (§§ 17, 38 a Abs. 3 GWB zurückgreift, kann dies möglicherweise ein Ansatz für eine eigenständige, kartellrechtliche Interpretation des Preisbindungsverbots sein. Selbst wenn aus den oben genannten Gründen eine analoge Anwendung der Mißbrauchsvorschriften nicht in Betracht kommt, so lassen sich doch u. U. aus den Grenzen der Ausnahmenvorschriften Rückschlüsse für die Reichweite der Grundnorm des § 15 GWB ziehen. Denn die Mißbrauchstatbestände begrenzen den Umfang einer Freistellung nach Sinn und Zweck des zugrundeliegenden Verbots, hier des § 15 GWB, und den Gründen der

-
- 28) Das wird gerade in der betriebswissenschaftlichen Literatur mit folgender Begründung bezweifelt (Thiesing/Schmidt, DBW 1983, 369, 377): Ein Agent werde eher den Absatz solcher Waren fördern, hinsichtlich derer er das volle Vorauspositionsrisiko trage. Insbesondere bei häufigen Modelländerungen - wie beispielsweise in der Fernseh- und Rundfunkgerätebranche üblich - müsse er nämlich darauf bedacht sein, vornehmlich solche Waren abzusetzen, um Verlusten aus falscher eigener Vorausdisposition vorzubeugen. Dieses Risiko könne möglicherweise gravierender sein, als der Vorteil einer auskömmlichen Provision beim Vertrieb von Agenturwaren. Eine solche Verhaltensweise der Händler vermutet Weishaupt, Telefunken-Partnersystem, Licht und Schatten, Handelsblatt v. 20./21. 3. 1987 gerade auch für den Fall des Telefunken-Partnersystems. Zumindest erscheint eine pauschale Feststellung zweifelhaft, nach der ein Händler regelmäßig den Verkauf der Agenturware gegenüber seinem Eigenhändlerabsatz bevorzuge, so aber Vollmer, DB 1984, 226, 231.

Privilegierung²⁹⁾. Das bedeutet einerseits, daß ein Mißbrauch auch unter Berücksichtigung des Normzweckes des Verbotstatbestandes ermittelt werden muß. Legt der Gesetzgeber aber schon bestimmte Kriterien für den Mißbrauch einer Freistellung fest, so liegt hierin möglicherweise auch eine Konkretisierung des Telos der Grundnorm. Dieser Gesichtspunkt, auf den Vollmer allerdings nicht eingeht, kann vielleicht mit dazu beitragen, den Normzweck des Preisbindungsverbotes, insbesondere den geschützten Personenkreis, gesetzessystematisch zu erschließen. Er muß deswegen bei der Ermittlung des Normzwecks des Preisbindungsverbots, die gerade angesichts der insofern wenig präzisen Rechtssprechung des BGH erforderlich sein wird³⁰⁾, erörtert werden.

Wenn Vollmer allerdings die einzelnen Mißbrauchstatbestände der §§ 17 und 38 a Abs. 3 GWB nicht lediglich für die systematische Auslegung des Preisbindungsverbotes heranziehen will, sondern unmittelbar die einzelnen Eingriffsvoraussetzungen auf die Vorschrift anwendet, entspricht dies nicht dem Verbotsgesetzcharakter des § 15 GWB und ist deshalb abzulehnen³¹⁾. Diese Vorgehensweise wird insbesondere auch nicht den Anforderungen gerecht, die sich aus dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot für die Anwendung des § 15 GWB ergeben. Denn ein un-

29) Darauf weist Vollmer, Preisbindungen S. 82, auch zutreffend hin; vgl. insoweit auch Langen § 17 Rdnr. 8; Baur, Mißbrauch S. 76 f.; BGH WuW/E BGH 655,656 - Zeitgleiche Summenmessung -

30) Vgl. oben II. 4

31) Die Anwendung des § 15 GWB hängt hiernach also von einem Marktergebnistest ab, auf den der Gesetzgeber für das Preisbindungsverbort bewußt verzichtet hat. Insofern kann auf die Ausführungen zur Auffassung Möschels (oben unter III) verwiesen werden; vgl. auch Koller, Großkommentar zum HGB, § 383 HGB Rdnr. 57 a. E..

geschriebener Freistellungstatbestand sowie die analoge Anwendung von Mißbrauchsvorschriften ist vom Wortlaut des Preisbindungsverbots auf keinen Fall gedeckt.

Das Bemühen um eine kartellrechtliche Lösung des Problems hat hier somit zu einer Konstruktion geführt, die dem Preisbindungsverbot nicht gerecht werden kann.

V. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Keßler schlägt eine Auslegung des § 15 GWB vor, die die verbraucherschützende Funktion der Vorschrift besonders hervorhebt. Dies könne im Wege einer wirtschaftlichen oder funktionalen Betrachtungsweise erreicht werden ¹⁾. Er wendet sich mit seiner Argumentation vor allem gegen die herrschende Immanenzlehre, die ausschließlich auf die vertragliche Binnenstruktur von Preisbindungssystemen abstelle und damit den Schutzzweck des § 15 GWB auf die privatrechtliche Gestaltungsfreiheit des durch den Erstvertrag gebundenen Unternehmers minimiere ²⁾. Keßler stützt seine Kritik in erster Linie auf den Bericht des Wirtschaftsausschusses anlässlich der 2. Kartellrechtsnovelle. Hierin war die Abschaffung der Möglichkeit der Markenpreisartikelbindung wie folgt begründet worden ³⁾:

"Für den Verbraucher werden durch die Beseitigung der Markenwarenpreisbindung die Wahlmöglichkeiten erweitert. Damit wird zugleich die marktwirtschaftliche Steuerung verbessert und der Anreiz zur Leistungssteigerung in Industrie und Handel verstärkt... Flexible Preise sind auch Voraussetzung dafür, daß die konjunktur- und stabilitätspolitischen Instrumente greifen können."

Daraus ergebe sich, so Keßler, daß § 15 GWB vor allem darauf abziele, die Wahlfreiheit der außenstehenden Dritten, i. d. R. der Verbraucher zu schützen. Soweit das Preisbindungsverbot auch den Schutz der gebundenen Erstvertragspartner bewirke, sei dies nur Mittel zum Zweck, lediglich ein Aspekt der nach Keßler erforderlichen Interessenabwägung und letztlich für die Auslegung der Vorschrift nur von unter-

1) Keßler, WRP 1984, 124, 125 ff.; ders., WuW 1985, 933 ff.; ders., WRP 1982, 450, 451

2) Keßler, WRP 1984, 124, 126

3) Abgedruckt in WuW 1973, 585

geordneter Bedeutung. Folglich müsse auch diese ordnungspolitische Grundrichtung des § 15 GWB unmittelbar mit in die Auslegung einbezogen werden. Eine funktionale oder wirtschaftliche Betrachtungsweise gebiete es deshalb, Preisbindung immer dann als unzulässig anzusehen, wenn durch sie die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher beeinträchtigt werde⁴⁾. Hiervon sei auszugehen, wenn im Rahmen eines Vertriebssystems - unabhängig von dessen zivilrechtlicher Organisation - (bundes-) einheitlich Preise festgelegt würden und so der Preiswettbewerb zwischen den Absatzmittlern eines Herstellers (intra-brand-Wettbewerb) ausgeschaltet werde. Sollte dieses Ziel erreicht werden, so bleibe dem Hersteller nur die arbeitsrechtliche Einbindung der Absatzmittler, Keßler meint wohl den Aufbau eines Filialsystems.

Versucht man Keßlers Auffassung auf die heutige Vertriebspraxis zu übertragen, so verstießen wohl viele etablierte Preisbindungssysteme auf Agentur- oder Kommissionsagenturbasis gegen das Preisbindungsverbot⁵⁾. Denn ihr Konzept beruht darauf, daß die Preise zumindestens regional gleich festgesetzt werden sollen⁶⁾. In diesen Fällen hat der Verbrau-

4) Vgl. auch Reich, in Handbuch des Wettbewerbs, S. 367, 388

5) Er selbst nennt insbesondere die Vertriebssysteme der Mineralölbranche; zu denken wäre auch an den Vertrieb von Kaffee über Depots oder den Daimler-Benz-Handelsvertretervertrieb, vgl. insbesondere auch IM-Emmerich § 15 RdNr. 26 f.

6) Denn die übereinstimmenden Interessen auf Hersteller- und Händlersebene zur Einführung eines Vertriebssystems mit Preisbindung zielen darauf ab, durch gleiche Preise auf der Handelsebene den Preiswettbewerb durch free-rider (Billiganbieter, vgl. dazu oben unter Teil 2, A, III) auszuschalten. Ein plastisches Beispiel hierfür enthalten die tatsächlichen Feststellungen, die der Entscheidung der EG-Kommission gegen das Vertriebssystem von AEG-Telfunken zugrunde lagen (abgedruckt in WuW/E E-EV 907, 909 f.).

cher auf einem örtlich relevanten Markt nicht die Wahlmöglichkeiten⁷⁾, die nach der Auffassung von Keßler nach dem Schutzzweck des § 15 GWB erhalten bleiben sollen. Ist der Gesetzgeber noch davon ausgegangen, daß Preisbindungen im Rahmen von Handelsvertreterverhältnissen grundsätzlich nicht unter das Preisbindungsverbot fielen, so kehrt Keßler dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis für die in der Vertriebspraxis wichtigen Fälle der Vertriebssysteme um. Die Möglichkeit zu Preisweisungen durch den Geschäftsherrn wird auf die Fälle der Einzelweisungen beschränkt. Die Durchsetzung einheitlicher, auch preisrelevanter Vertriebskonzepte wird ganz ausgeschlossen. Damit ist der Preisfestsetzungsmöglichkeit für Handelsvertreterverhältnissen rechtlich zwar nicht beseitigt, für die heutige Vertriebspraxis wäre den Handelsvertreterverträgen allerdings der Boden weitgehend entzogen, ein Ergebnis, das die GWB-Gesetzgeber gerade vermeiden wollten. Dies muß nicht gegen die Auffassung Keßlers sprechen, sondern kann auch Folge eines grundlegenden Strukturwandels im Bereich des Warenabsatzes sein⁸⁾.

-
- 7) Darauf, daß eine Preisbindung bundesweit im Rahmen eines Vertriebssystems vereinbart wird, kann es im Hinblick darauf nicht ankommen. Der Verbraucher wird seine Wahlmöglichkeit typischerweise nur auf einem örtlich relevanten Markt nutzen. Daran müßte sich auch der Schutz der Freiheit ausrichten.
- 8) Allerdings existierten schon im Zeitpunkt der Entstehung des GWB Vertriebssysteme auf Agenturbasis, z. B. das Daimler-Benz-Handelsvertretersystem. Möglicherweise hat der Gesetzgeber damals jedoch die Problematik preisrelevanter Vertriebssysteme nicht so deutlich gesehen. Denn solche Absatzorganisationen wurden - und werden auch wohl heute noch - hauptsächlich beim Vertrieb von Markenwaren eingesetzt. Für diese Produktgruppe war aber unabhängig von der gewählten Rechtsform eine Preisbindung der zweiten Hand bis zur Kartellrechtsnovelle von 1973 zulässig.

Vor dem Hintergrund der einschneidenden Konsequenzen der dargestellten Auffassung für die Praxis der Vertriebssysteme muß allerdings gefragt werden, ob eine derartig weite Auslegung des Preisbindungsverbotes im Wege der von Keßler vorgeschlagenen funktionalen oder wirtschaftlichen Betrachtungsweise erreicht werden kann. Zuzustimmen ist Keßler wohl insoweit, als er im Rückgriff auf die 2. Kartellrechtsnovelle gerade auch die dritt- und verbraucherschützende Funktion des Preisbindungsverbotes hervorhebt ⁹⁾. Die Folgerungen, die Keßler hieraus zieht, lassen sich mit der gesetzlichen Ausgestaltung des Preisbindungsverbots jedoch nicht in Einklang bringen. Denn für § 15 GWB kommt es seinem Wortlaut nach schon nicht darauf an, ob eine Vielzahl gleichartiger Bindungen das Wahlrecht der Marktgegenseite beeinträchtigt. Jede einzelne Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit schon eines einzigen Erstvertragspartners ist unzulässig. Gerade der systematische Vergleich zu § 18 GWB zeigt, daß es für die Auslegung des § 15 GWB nur auf die konkrete Ausgestaltung des Erstvertrages ankommt ¹⁰⁾, nicht auf mittelbar hiermit zusammenhängende vertragliche Absprachen. Im Gegensatz zu § 18 GWB ist es für die Anwendung des § 15 GWB nicht erheblich, ob eine Preisbindung im Rahmen eines Vertriebssystems für eine größere Zahl von Unternehmen gleichartig vereinbart wird (§ 18 Abs. 1 Buchst. a) oder eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt (§ 18 Abs. 1 Buchst. c). Die Funktion des § 15 GWB

9) Siehe auch Rinck/Schwark Rz. 215; vgl. zur Bedeutung der Entstehungsgeschichte des Preisbindungsverbots auch schon oben unter C. V. Fn. 18; den Verbraucherschutzgedanken schon vor der 2. Kartellrechtsnovelle hervorhebend Baumbach-Hefermehl, § 15 GWB Rdnr. 1, 8. Aufl., 1960

10) FK-Kühlhorn § 15 GWB, Rdnr. 30

besteht also nicht darin, unmittelbar die Wahlfreiheit der Verbraucher aufrechtzuerhalten. Deswegen kann die Vorschrift auch nicht als charakteristisches Verbraucherschutzgesetz aufgefaßt werden. Die Wahlfreiheit der Endabnehmer wird vielmehr nur mittelbar dadurch gewährleistet, daß die Preisgestaltungsfreiheit der Erstvertragspartner aufrechterhalten wird ¹¹⁾. Soweit Keßlers Argumentation demgegenüber an den wettbewerbsrechtlichen Sekundärfolgen orientiert ist, wird die von ihm angestrebte funktionale Auslegung der dem Preisbindungsverbot vom Gesetzgeber zugedachten Funktion nicht gerecht. Schützt nämlich § 15 GWB die Gestaltungsfreiheit der Erstvertragspartner, so läßt dies Spielraum für eine unterschiedliche Anwendung der Vorschrift, je nach dem, ob eine solche Gestaltungsfreiheit (auf der Händlerebene) besteht oder nicht. Diese Möglichkeit versperrt der Auslegungsvorschlag Keßlers. Letztlich ist danach auch nicht einzusehen, warum eine Preisbindung auf arbeitsrechtlicher Basis - so Keßler - zulässig sein soll. Denn sie beschränkt die Auswahlfreiheit der Verbraucher in gleicher Weise wie ein entsprechendes Agentursystem ¹²⁾. Der Bericht des Wirtschaftsausschusses kann wohl auch nicht so verstanden werden, daß mit der Beseitigung der Markenwarenpreisbindung das Preisbindungsverbot, das ja - zumindest seinem Wortlaut nach - unverändert beibehalten wurde, grundlegend in seiner Funktion umgestaltet werden sollte. Vielmehr scheint der Ausschuß in der Abschaffung der Markenartikelpreisbindung lediglich den Rahmen dafür erblickt zu haben, die von ihm anvisierten ordnungs- und verbraucherschutzpolitischen Ziele auf breiter Ebene zu erreichen, ohne

11) Siehe Belke ZHR 138 (1974), 227, 235 ff.

12) Überscher, WuW/E BKartA 2133, 2138

daß diese direkt zum Auslegungsziel des § 15 GWB erklärt wurden ¹³⁾. Die wettbewerbspolitischen Zielsetzungen können daher auch nicht unmittelbar auf die Anwendung des Kartellrechts übertragen werden ¹⁴⁾.

Methodisch kann das von Keßler vorgeschlagene Auslegungsergebnis auch nicht im Wege einer "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" aufrechterhalten werden. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise dient in der Praxis des Steuerrechts dazu, Probleme zu lösen, die sich aus der Anknüpfung des Steuerrechts an zivilrechtliche Sachverhalte ergeben. Da das Kartellrecht insoweit strukturell ähnliche Fragen aufwirft, könnte das Prinzip möglicherweise auch für die Anwendung des GWB nutzbar gemacht werden ¹⁵⁾. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise erfüllt im Steuerrecht zwei Aufgaben ¹⁶⁾. Zum einen dient sie einer sachgerechten Tatsachenwürdigung und -auslegung. Wirtschaftsrechtliche Sachverhalte sollen wirtschaftlich und nicht formaljuristisch beurteilt

13) Steindorff, Einführung in das Wirtschaftsrecht, S. 63 und Belke ZHR 138 (1974), 227, 229 ff. heben zudem hervor, daß die Nennung der ordnungs- und stabilitätspolitischen Zielsetzungen nicht in erster Linie kartellrechtlich motiviert war, sondern vor dem Hintergrund inflationärer Entwicklungen Ende der 60-iger Jahre vielmehr als Anlaß und Argumentationshilfe für die parlamentarische Durchsetzung der Aufhebung der Markenartikelpreisbindung verstanden werden muß. Auch aus diesem Grund darf der Ausschußbericht nicht überbewertet werden.

14) Ablehend gegenüber der Auffassung Keßlers daher Möschel, BB 1985, 1477, 1480 Fn. 36; Ganai S. 246 f.

15) Ulmer WuW 1971, 878, 882

16) Teichmann, FS. Bartholomeycsik, S. 377, 379 ff.; Ulmer WuW 1971, 878, 880 ff.; Wank, Die juristische Begriffsbildung, S. 115; zum Steuerrecht vgl. die Darstellung bei Tipke, Steuerrecht, S. 105 ff., 111 ff.

werden (vgl. §§ 133, 157 BGB) ¹⁷⁾. Zum anderen, darauf will Keßler seine Auffassung stützen, enthält die wirtschaftliche Betrachtungsweise die Anweisung an den Gesetzesanwender, Tatbestandmerkmale wirtschaftsrechtlicher Normen den Zielvorstellungen des jeweiligen Gesetzes anzupassen. Insbesondere wird hieraus die Berechtigung abgeleitet, zivilrechtliche Begriffe eigenständig im Hinblick auf steuerrechtliche oder auch wettbewerbsrechtliche Normzwecke auszulegen ¹⁸⁾. Hinter dieser Forderung verbirgt sich letztlich nichts anderes als die Anweisung zur teleologischen Auslegung ¹⁹⁾. So verstanden muß die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch im Kartellrecht Anwendung finden. Teleologische Auslegung aber kann nur bedeuten, daß die gesetzgeberische Zielsetzung so gut wie möglich, d. h. wie es Wortsinn und systematischer Zusammenhang erlauben, erreicht wird ²⁰⁾. Daraus ergibt sich nicht die Berechtigung, die

-
- 17) Das Gebot einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise in diesem Sinn enthält beispielsweise § 53 des österreichischen Kartellgesetzes (Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 1972, 324 ff.): "Für die Beurteilung der nach den Abschnitten I bis IV bedeutsamen Sachverhalte ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend"
- 18) Die Diskussion hat sich im Kartellrecht im Anschluß an die Teerfarbenentscheidung des BGH (WuW/E BGH 1147 ff.) an der Auslegung des Vertragsbegriffs entzündet. Für eine wirtschaftliche, der Politik des Gesetzes entsprechende Betrachtungsweise im Kartellrecht plädieren vor allem Sandrock, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise, S. 1 ff. und Steindorff, FS. Larenz S. 217, 225; auch in der Rspr. ist inzwischen anerkannt, daß kartellrechtliche Tatbestandsmerkmale "eigenständig unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes" auszulegen sind, BGH WuW/E 1458, 1461 - Fertigbeton -
- 19) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 318 f.; MünchKomm-Säcker, Einleitung zu Bd. 1, Rdnr. 128; Wank, Die juristische Begriffsbildung, S. 115
- 20) Larenz, aaO; Wank, aaO

wirtschaftspolitische Zielsetzung an die Stelle des Gesetzes zu setzen. Die wirtschaftspolitischen Zielsetzungen können nicht ohne Anknüpfung an den gesetzlichen Tatbestand in das Preisbindungsverbot "integriert" werden, wie es Keßler vorschlägt ²¹⁾. Vielmehr muß auch eine solche wirtschaftliche Auslegung den Bezug zur Vorschrift weiterhin erkennen lassen, soll der Garantiefunktion des Tatbestandes (Art. 20 Abs. 3 GG) Rechnung getragen werden. Ein "Weiterdenken" ²²⁾ der Norm ist für das GWB unzulässig. Sollen nämlich, anknüpfend an die Praxis des Steuerrechts, auf dem Wege einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise über den möglichen Wortsinn hinaus Kartellrechtstatbestände ausgedehnt werden, ist dies mit dem Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar ²³⁾. So verstanden droht die wirtschaftliche Betrachtungsweise mit floskelhafter Begründung auf eine willkürliche Gesetzesanwendung zuzusteuern ²⁴⁾. Als eigenständiges, den Anwendungsbereich der Normen des GWB ausdehnendes Auslegungsprinzip wird daher zu Recht die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Kartellrecht abgelehnt ²⁵⁾. Auch aus diesem Grund überzeugt der direkte Durchgriff auf die ordnungspolitischen Vorstellungen, die Anlaß für die Abschaffung der Markenwarenpreisbindung waren, nicht.

21) WuW 1985, 933, 941

22) Keßler, WuW 1985, 933, 941; vorsichtiger allerdings Steindorff aaO, auf den sich Keßler beruft: bei der Anwendung der Politik des Gesetzes träten "die ausgeformten rechtlichen Tatbestände in ihrer Bedeutung zurück".

23) Ulmer WuW 1971, 878, 884

24) So die Quintessenz der Kritik Rittners in Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise, S. 54 ff.

25) Rinck/Schwark Rz. 225, v. Gamm, Kartellrecht, Einführung Rdnr. 16

Allerdings kann die Bewertung des Preisbindungsver-
botes im Rahmen der 2. Kartellrechtsnovelle mögli-
cherweise Hinweise für die gebotene eigenständige
Auslegung des § 15 GWB liefern.

VI. Zusammenfassung

Die Analyse der unterschiedlichen Lösungsvorschläge hat gezeigt, daß keine der dargestellten Auffassungen völlig zu überzeugen vermag.

Die vornehmlich zivilrechtsorientierten Auslegungsansätze werden den kartellrechtlichen Anforderungen nicht gerecht, die sich für die Anwendung des Preisbindungsverbots ergeben. Die Vertreter dieser Norminterpretation übertragen ausdrücklich oder zumindest unterschwellig Wertungen und Maßstäbe des Privatrechts, vor allem des privaten Vertragsrechts, auf das Kartellrecht. Da aber kein Vorrang des Privatrechts vor dem Kartellrecht angenommen werden kann, fehlt es an einer eigenständigen Begründung für die kartellrechtliche Abgrenzung. Folge des Anlehns an das Privatrecht ist, daß der oder die Schutzziele des § 15 GWB nur unzureichend untersucht werden und, soweit mehrere Schutzzwecke angenommen werden, ihr Verhältnis untereinander offengelassen wird. Die privatrechtlichen Vorgaben lassen dies scheinbar entbehrlich werden. Dies führt - typisch für die privatrechtliche Sicht - zu einer Überbetonung der Interessen der Vertragspartner. Der Schutz des gebundenen Unternehmers rückt in den Vordergrund der Gesetzesinterpretation. Selbst wenn andere Schutzziele des Preisbindungsverbotes konzediert werden, z. B. der Schutz des Wettbewerbs als Institution (BGH), wird nicht ersichtlich, inwieweit das die konkrete Norminterpretation noch beeinflussen kann und soll. Dieses Vorgehen kann zwar dem Schutz der gebundenen Erstvertragspartner gerecht werden. Dient das Preisbindungsverbot aber nicht ausschließlich oder in erster Linie diesem Zweck, so kann eine ausschließlich an der Binnenstruktur dieses Vertra-

ges ausgerichtete kartellrechtliche Abgrenzung den Normzweck der Vorschrift nicht erschöpfend berücksichtigen.

Die Autoren, die sich um eine spezifisch kartellrechtliche Gesetzesinterpretation bemühen, überschreiten mit ihren Vorschlägen dagegen durchweg den durch das Gesetz vorgegebenen gesetzlichen Rahmen für die Auslegung. Die Anwendung des strengen Gefährdungstatbestandes des § 15 GWB soll danach davon abhängen, ob ein Vertriebssystem überwiegend wettbewerbsfördernde oder -beschränkende Auswirkungen mit sich bringt. Hierbei wird entweder nicht klar, auf welchem Wege die Auslegung rechtstechnisch erfolgen soll (Stichwort "enge Auslegung") oder es wird gar - gegen Wortlaut und Gesetzessystematik - die analoge Anwendung von Mißbrauchstatbeständen auf das Preisbindungsverbot vorgeschlagen. Am weitesten geht der Vorschlag, vertikale Preisfestsetzungen im Hinblick auf die wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Fernziele des Preisbindungsverbots nur im Rahmen von Filialsystemen zuzulassen. Eine wirtschaftliche oder funktionale Betrachtungsweise berechtige den Gesetzesanwender dazu, sich weitgehend vom Wortlaut und -sinn des § 15 GWB zu entfernen. Allen diesen Ansätzen ist gleich, daß sie weniger auf eine wettbewerbsrechtliche als vielmehr auf eine wettbewerbspolitische Argumentation gestützt werden. Damit wird eine verlässliche rechtliche Umsetzung des Preisbindungsverbots in der Praxis verhindert.

Für den weiteren Gang der Untersuchung ergeben sich aus diesem Befund folgende Konsequenzen: Zunächst muß der Schutzzweck des Preisbindungsverbotes ermittelt werden. Möglicherweise ist auf das Verhältnis mehrerer Zwecke zueinander einzugehen. In einem zwei-

ten Schritt ist dann danach zu fragen, welche Konsequenzen das gewonnene Ergebnis für die Beurteilung von Agentursystemen mit sich bringt. Dabei wird insbesondere eine Rolle spielen, wie eine eigenständige kartellrechtliche Abgrenzung in Einklang mit der Gesetzesfassung, dem durch den Gesetzgeber vorgegebenen Auslegungsrahmen, zu bringen ist.

Teil 4 Eigene Lösung

A. Schutzzweck des Preisbindungsverbotes

Im Vordergrund dieser Überlegungen muß die Frage nach dem geschützten Personenkreis stehen. Denn gerade dieser Gesichtspunkt hat zu den Unklarheiten bei der Auslegung des Preisbindungsverbots geführt.

I. Gebundene Unternehmen

Es herrscht weitgehend Einigkeit darüber, daß die gebundenen Unternehmen in den Schutzbereich des Preisbindungsverbotes einbezogen sind¹⁾. Zur Begründung wird vor allem auf die Entstehungsgeschichte des Preisbindungsverbotes verwiesen. Nach dem Bericht des Wirtschaftsausschusses, der dem Entwurf des GWB zugrunde lag²⁾, sollen die Vorschriften der §§ 15 ff. GWB verhindern, daß der Bindende unter Ausnutzung einer rechtlichen oder tatsächlichen Monopolstellung die Vertragsfreiheit eines anderen Unternehmens mißbräuchlich beschränkt. Da ein solcher mißbräuchlicher Einsatz von Marktmacht gerade die Interessen des gebundenen Vertragspartners berührte, wird dieser Äußerung des Ausschusses entnommen, daß § 15 GWB primär dem Schutz der Erstvertragspartner dienen soll. Allerdings kommt diese Schutzrichtung

-
- 1) BGH WuW/E BGH 2238, 2242 - EH-Partner-Vertrag -; BGH WuW/E BGH 1519 f. - 4 zum Preis von 3 -; KG WuW/E OLG 3457, 3463 - Telefunken-Partner-Vertrag II -; BKartA WuW/E BKartA 2125, 2128 - Telefunken-Partner-Vertrag II -; Langen, § 15 Rdnr. 7; IM-Emmerich, Rdnr. 9; GK-Schwartz, § 15 GWB Rdnr. 2 f.; Loewenheim in Loewenheim/Belke, § 15 Rdnr. 1; FK-Kühlhorn, § 15 Rdnr. 67; Rinck/Schwark, Rz. 384; Müller-Gießler-Scholz, § 15 Rdnr. 3; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen Rdnr. 377; Brühl, S. 35;
- 2) Vgl. BT-Drucksache II/1158, Anlage 1 S. 26 unter I 2

weder in der systematischen Stellung ³⁾ noch im Wortlaut des Preisbindungsverbots zum Ausdruck. Deswegen erscheint es zweifelhaft, allein aus dem Bericht des Ausschusses zu folgern, daß § 15 GWB primär dem Mißbrauch wirtschaftlicher Macht zum Schutz des gebundenen Vertragspartners vorbeugen soll. Im Gegenteil wird dies sogar mit der Begründung in Zweifel gezogen, daß der gebundene Unternehmer eines Schutzes nicht bedürfe. Denn er begeben sich selbst seiner Freiheit zur Gestaltung der Preise ⁴⁾. Insbesondere im Hinblick auf die Schadensersatzpflicht aus § 35 GWB wird deshalb die Ansicht vertreten, daß § 15 GWB nicht den Schutz der gebundenen Vertragspartner umfasse. Verwiesen wird hierzu auf die Vorschriften der §§ 134, 309, 307, 308 BGB. Aus diesen Regeln sei ein allgemeines auch im Kartellrecht anwendbares Prinzip abzuleiten: Wer eine rechtlich unzulässige Vertragsgestaltung bewußt in Kauf nehme, könne hieraus (Schadensersatz-) Ansprüche nicht herleiten ⁵⁾. Dem wird allerdings zu Recht entgegengehalten, daß dieser Einwand allenfalls für die Frage der Schadensersatzansprüche zutreffend sein könnte, sich hieraus aber keine Rückschlüsse auf den Schutzzweck des Preisbindungsverbotes ziehen ließen. Auch enthielten die genannten Vorschriften kein allgemeines zivilrechtliches Prinzip. Der Rechtsordnung sei der Gedanke nicht fremd, daß eine Vertragspartner gegen den für ihn ungünstigen Gebrauch der Vertrags-

-
- 3) K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 69 weist insoweit auf die Unklarheiten im Konzept des Gesetzgebers hin: Der geeignete Platz für einen derartigen Schutz des wirtschaftlich schwächeren Vertragspartners wäre gesetzessystematisch eher das Umfeld des § 22 GWB gewesen.
- 4) Belke, ZHR 138 (1974), 226, 246; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 8. Aufl., § 15 GWB Rdnr. 1
- 5) Belke, aaO S. 246

freiheit geschützt werde⁶⁾. Gerade im Kartellrecht, das sich vor allem gegen den wettbewerbswidrigen Einsatz von Marktmacht richtet, kann ein solches, auf die Kenntnis der betroffenen Unternehmen abstellendes Prinzip keine Anwendung finden. Ein typisches Beispiel für den Einsatz von Marktmacht sind gerade die vertikalen Vertriebssysteme. Hier ist ein Händler häufig darauf angewiesen, daß er von bestimmten Herstellern, meist bekannten Markenartikelherstellern, beliefert wird⁷⁾. Auch ein Händler, der die mit einem solchen Vertriebssystem regelmäßig verbundenen Beschränkungen seiner Gestaltungsfreiheit bewußt in Kauf nimmt, bedarf daher des Schutzes durch das GWB. Denn aus der Kenntnis des wettbewerbsbeschränkenden Charakters eines Vertriebssystems allein ergibt sich für den Händler wirtschaftlich gesehen nicht die Möglichkeit, sich für oder gegen den Abschluß eines Vertriebsvertrages frei zu entscheiden. Diese Entscheidungsfreiheit (Vertragsfreiheit) liegt aber den genannten BGB-Vorschriften zugrunde⁸⁾. Hängt zudem die Anwendung des § 15 GWB

-
- 6) GK-Schwartz, § 15 GWB Rdnr. 3 nennt beispielsweise § 402 HGB; einen ähnlichen Schutz soll etwa auch AGBG bewirken (vgl. hierzu nur Ulmer in Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz, Einl. Rndr. 22 f.)
- 7) Vgl. insoweit die zahlreichen Entscheidungen zur sortimentsbedingten Abhängigkeit von Handelsunternehmen im Rahmen des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB: BGH WuW/E BGH 1391 - Rossignol -; BGH WuW/E BGH 1567 - Nordmende -; BGH WuW/E BGH 1429, 1431 - Asbach-Fachgroßhändler -; BGH WuW/E BGH 1629, 1631 - Modellbauartikel -; BGH WuW/E BGH 1635, 1636 - Plaza SB-Warenhaus -; BGH WuW/E BGH 2145 - Nordmende/Allkauf -; BGH ZIP 1987, 465 - Allkauf/Saba II -; BGH WuW/E BGH 2320 - Primus/Grundig -; BGH WuW/E BGH 2320 - Primus/Saba -
- 8) Jedenfalls wenn man mit dem BGH (BGHZ 76, 17, 22) in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB einen Spezialfall der c.i.c. (wegen unterlassener Aufklärung über die Wichtigkeit) sieht. Der Anspruch setzt dann nämlich voraus, daß der Schaden bei Kenntnis des Anspruchstellers vermeidbar gewesen wäre, weil dieser sich anders hätte entscheiden können.

seinem Wortlaut nach ausschließlich davon ab, ob die Preisgestaltungsfreiheit (auch nur eines einzelnen) gebundenen Unternehmers beschränkt ist, so kann der Vorschrift der Individualschutzcharakter zugunsten (auch) der Erstvertragspartner nicht abgesprochen werden. Denn der unmittelbare Regelungsgehalt des § 15 GWB besteht in der Sicherung der unternehmerischen Vertragsgestaltungsfreiheit⁹⁹. Damit ist, wie oben festgestellt, noch nicht gesagt, daß dies auch der primäre Schutzzweck des Preisbindungsverbotes ist. Denn die Erhaltung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit ist zunächst einmal der (rechts-technische) Weg, auf dem die wettbewerbsrechtlichen Ziele des Preisbindungsverbotes erreicht werden sollen.

II. Dritte Vertragspartner der Zweitverträge

Sehr umstritten ist die Frage, ob die Vertragspartner der Zweitverträge vom Schutz des § 15 GWB erfaßt werden¹⁰⁰. Eine solche Zielsetzung ergibt sich noch nicht zwangsläufig daraus, daß dem Preisbindungsverbot Individualschutzcharakter zugunsten der gebunde-

-
- 9) Brühl, S. 34 f., der darauf hinweist, daß die Frage, ob den Unternehmern damit auch grundsätzlich Schadensersatzansprüche gemäß § 35 GWB zustehen, möglicherweise anders zu beantworten ist (hierzu vgl. Langen, § 15 Rdnr. 74: § 254 BGB).
- 10) Dafür: Biedenkopf, S. 183 ff.; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 8. Aufl., § 15 GWB Rdnr. 1; Langen, § 15 Rdnr. 7; IM-Emmerich, § 15, Rdnr. 9; Loewenheim in Loewenheim/Belke, § 15 Rdnr. 1; v. Gamm, § 15 GWB Rdnr. 9; Müller-Gießler-Scholz, § 15 Rdnr. 3; Rinck/Schwark, Rz. 384; Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen Rdnr. 377; Brühl S. 35; Belke, ZHR 138 (1974), 226, 246; BKartA WuW/E BKartA 2125, 2128 - Telefunken-Partner-Vertrag II -; nicht ganz deutlich BGH WuW/E BGH 1519 f. - 4 zum Preis von 3 -: § 15 diene auch "den betroffenen Individualinteressen"

nen Erstvertragspartner zukommt ¹¹⁾. Denn der hieraus resultierende Schutz der dritten Vertragspartner kann auch als reiner Rechtsreflex gedeutet werden, der für die Auslegung des § 15 GWB selbst keine Rolle spielen muß. Gerade der Umstand, daß der federführende Wirtschaftsausschuß bei der Schaffung des § 15 GWB ausdrücklich, wenn nicht sogar ausschließlich die Interessen der gebundenen Erstvertragspartner im Auge hatte, spricht zunächst einmal dafür, auch nur diese als Schutzobjekte des Preisbindungsverbotes anzusehen ¹²⁾.

Allerdings dürfen diese Gesetzgebungsmotive auch nicht überbewertet werden. Denn der vom Wirtschaftsausschuß befürchtete Mißbrauch der Vertragsfreiheit durch das bindende Unternehmen allein rechtfertigt noch nicht einen so weitreichenden Eingriff in die Vertragsfreiheit, wie ihn das Preisbindungsverbot mit sich bringt. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht wäre ein per-se-Verbot, das unabhängig von der Ausnutzung einer Monopolstellung bei jeder vertikalen Preisbindung eingreift, nicht erforderlich. Im Hinblick auf eine mißbräuchliche Beschränkung der Vertragsfreiheit genügt der Schutz des gebundenen Unternehmens nach Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, vor allem nach § 138 BGB ¹³⁾. Die kartellrechtliche Regelungen, also die generelle zivilrechtliche Nichtigkeit, vor allem aber auch die Sanktionen des Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitsrechts, lassen sich erst verstehen, wenn die Gestaltungsfreiheit der Erstvertragspartner auch (und gerade) zugunsten der dritten Vertragspartner ge-

11) So aber Brühl, S. 35

12) FK-Kühlhorn, § 15 Rdnr. 67; GK-Schwartz, § 15 GWB Rdnr. 2 f.

13) Darauf weist schon Biedenkopf, S. 183 f. hin

geschützt werden soll. Denn nur die potentiellen Zweitvertragspartner sind von der Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit in jedem Fall betroffen, sei es, daß eine Preisbindung aufgrund der Monopolstellung eines preisbindenden Unternehmers durchgesetzt wird, sei es, daß sie im gegenseitigen Einverständnis der vorgelagerten Marktstufen (Hersteller/Händler) vereinbart wird ¹⁴⁾. Wird nach der Gesetzesfassung jeder Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit untersagt, so deckt sich dies nicht mit den Vorstellungen des Wirtschaftsausschusses, wonach das Preisbindungsverbot lediglich der mißbräuchlichen Durchsetzung der Preisbindung der zweiten Hand vorbeugen sollte. Gerade dieser Gesichtspunkt, aber auch die systematische Stellung des Preisbindungsverbots ¹⁵⁾, sprechen dafür, abweichend von den veröffentlichten, in ihrem Konzept nicht klaren Gesetzgebungsmotiven eine Drittschutzfunktion auch des § 15 GWB anzunehmen ¹⁶⁾.

-
- 14) Biedenkopf aaO weist insoweit darauf hin, daß Händler Preisbindungen durch einen Hersteller nicht nur deswegen akzeptieren, weil dieser eine Monopolstellung besitzt. Mögliches Motiv, Preisbindungen in Kauf zu nehmen, können auch wirtschaftliche Vorteile wie z. B. gesicherte Handelsspannen sein (vgl. auch Lukes, JuS 1962, 161, 162; Sandrock, Grundbegriffe, S. 407 ff.). Insbesondere können Fachhändler daran interessiert sein, über den Weg der Preisbindung den Preiswettbewerb mit großen Billiganbietern auszuschalten (free-rider-Problematik).
- 15) Vgl. schon oben Fn. 3
- 16) Diese Funktion des § 15 GWB unterstreicht K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 69 f.. Die Überbewertung der Interessen des gebundenen Vertragspartners durch den Wirtschaftsausschuß führt er darauf zurück, daß im Zeitpunkt der Entstehung des GWB die Frage des Dritt- oder Vertragspartnerschutzes noch offen war. Angesichts der Diskrepanzen zwischen Gesetzessystematik und rechtspolitischen Verständnis des Wirtschaftsausschusses relativiert er zu Recht die Bedeutung der Motive zum GWB: In rechtssystematischer Hinsicht könne "ein Gesetz "klüger" als seine Schöpfer sein"

In diesem Zusammenhang kommt der Begründung für die Abschaffung der Markenartikelpreisbindung besondere Bedeutung zu. Denn für diese Gesetzesänderung anläßlich der zweiten Kartellrechtsnovelle werden ausschließlich die Außenwirkungen preisbindenden Verhaltens ins Feld geführt. Wie oben gesehen¹⁷⁾, kann das zwar nicht dazu führen, das Preisbindungsverbot nunmehr als Verbraucherschutzgesetz oder als allgemein ordnungspolitische Norm anzusehen. Die Begründung zur Novelle, mit der eine breite Anwendung des § 15 in der Praxis erst ermöglicht wurde, zeigt aber ein Umdenken des Gesetzgebers hinsichtlich der Zielrichtung des Preisbindungsverbotes. Nicht mehr die privatrechtlichen, auf den Schutz des gebundenen Vertragspartners konzentrierte Sicht ist maßgebend, sondern der Aspekt des Drittschutzes. Um an die Auffassung K. Schmidts anzuknüpfen, passen sich die Vorstellungen des Gesetzgebers damit an das in rechtssystematischer Hinsicht "klügere" Gesetz an.

Diese veränderte Sicht hat im Gesetz, nämlich in der Gestaltung der Ausnahmereiche zum Preisbindungsverbot, auch ihren Niederschlag gefunden. Seit der zweiten Kartellrechtsnovelle sind weiterhin Preisbindungen im Buchhandel sowie - im Vorfeld und als Ersatz für verbindliche Preisfestsetzungen - entsprechende Empfehlungen für Markenartikel zulässig. Kartellrechtliche Grenzen hierfür enthalten die mit den Freistellungstatbeständen korrespondierenden Mißbrauchstatbestände der §§ 17, 38 a Abs. 3 GWB. Hieraus lassen sich Rückschlüsse auf die Zielrichtung des Preisbindungsverbotes ziehen. Denn, wie

17) Siehe Teil 3. D. V

schon oben aufgezeigt ¹⁸⁾, begrenzen die Mißbrauchstatbestände den Umfang einer kartellrechtlichen Freistellung nach Sinn und Zweck der Grundnorm des § 15 GWB einerseits und nach den Gründen der Privilegierung andererseits. Das Eingreifen der Mißbrauchsaufsicht nach diesen Vorschriften hängt aber vornehmlich von den nachteiligen Außenwirkungen preisbindender oder -empfehlender Verhaltensweisen ab. Es soll insbesondere verhindert werden, daß die (Endabnehmer)-Preise in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Waren verteuert werden (§§ 17 Abs. 1 Nr. 2, 38 a Abs. 3 Nr. 1 GWB) ¹⁹⁾. Gerade dieser zentrale ²⁰⁾ Mißbrauchstatbestand markiert deutlich die Grenze, an der die von preisbindenden oder -empfehlenden Verhalten zumeist typischerweise ausgehenden kartellrechtlichen Nachteile schwerer wiegen als die Gründe, die zur kartellrechtlichen Freistellung geführt haben. Die Vorschrift läßt somit Rückschlüsse auf die Zielrichtung des Preisbindungsverbotes zu, weil sie zeigt, daß der Gesetzgeber die Gefahr vertikaler Preisbeeinflussung gerade auch darin gesehen hat, daß die Preise aufgrund des unzulänglichen oder ausgeschalteten Wettbewerbs hinsichtlich der Produkte eines Herstellers (intra-brand-Wettbewerb ²¹⁾) in

18) Siehe oben Teil 3. D. IV

19) Für die Auslegung des § 15 GWB spielt dieser Tatbestand vor allem deswegen eine Rolle, weil ein solcher Mißbrauch allein aus preisbindendem Verhalten resultieren kann und weder auf einer Kombination mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen beruht (z. B. Beschränkung von Erzeugung und Absatz, § 17 Abs. 1 Nr. 2 letzter Fall GWB) noch die Vorschrift einer Gefahr begegnen soll, die typischerweise aus dem privilegierten Verhalten erwächst (z. B. Täuschungsgefahr durch "Mondpreisempfehlungen", § 38 a Abs. 3 Nr. 2 u. 3 GWB)

20) IM-Emmerich, § 17 Rdnr. 52

21) Hierzu vgl. Belke, ZHR 138 (1974), 227, 242 f.

wettbewerblich nicht gerechtfertigter Weise erhöht werden könnten. Die kartellrechtliche Privilegierung besteht darin, daß die nachteiligen Außenwirkungen (Preiserhöhungen), die nach der Vorstellung des Gesetzgebers von jedem preisbindenden Verhalten ausgehen können, bis zu einer bestimmten Grenze - soweit es gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt ist ²²⁾ - in Kauf genommen werden. Hat der Gesetzgeber aber, wie sich aus den Mißbrauchsvorschriften der §§ 17 und 38 a GWB ergibt, die Gefahr vertikaler Preisbeeinflussung in deren nachteiligen Außenwirkungen gesehen, so ist dies ein weiteres Argument dafür, nicht nur die gebunden Erstvertragspartner, die von diesen Außenwirkungen nicht betroffen sind, sondern auch die Zweitvertragspartner (Dritte) als Schutzobjekte des § 15 GWB anzusehen. Denn gerade ihre Interessen sind durch die Gefahr überhöhter Preise tangiert. Diese unmittelbare Betroffenheit der Dritten spiegelt sich auch im Wortlaut des § 15 GWB wider. Denn die Preisgestaltungsfreiheit wird ausdrücklich im Hinblick auf die mit den Dritten abzuschließenden Zweitverträge geschützt. Die wettbewerbsrelevante Freiheit der gebundenen Erstvertragspartner soll auch in derem Interesse aufrechterhalten werden, um sie davor zu schützen, festgelegten Preisen und Konditionen ausgeliefert zu sein ²³⁾.

Dagegen kann nicht eingewandt werden, daß nach neuerer amerikanischer Wettbewerbstheorie die Gefahr

22) Zulässig sind danach Preiserhöhungen, die notwendigerweise mit der Zulassung der Buchpreisbindung oder vertikaler Preisempfehlungen verbunden sind, also beispielsweise solche, die sich aus der Vereinheitlichung des Preisniveaus, der Trägheit in der Preisanpassung ergeben (siehe nur Langen, § 17 Rndr. 37 und § 38 a Rndr. 82; IM-Emmerich, § 17 Rndr. 56)

23) Brühl, S. 35

überhöhter Preise aufgrund der Einführung vertikaler Preisbindungen nicht bestehe und freie Preise auf der Handelsebene auch Nachteile für den Verbraucher mit sich bringen könnten (Problematik der Lockvogelangebote, der Konzentration im Handel)²⁴⁾. Denn solche Erwägungen hat der Gesetzgeber bei der Fassung des strengen per-se-Verbots ersichtlich nicht berücksichtigen wollen ²⁵⁾. Sie können deshalb nicht in die Ermittlung des Normzwecks mit einbezogen, sondern allenfalls bei der Frage nach einer erforderlichen Gesetzesänderung, also nur de lege ferenda, berücksichtigt werden. Die potentiellen Zweitvertragspartner sind in den kartellrechtlichen Schutz durch das Preisbindungsverbot eingezogen.

III. Schutz der Wettbewerber

Im Gegensatz zu den Zweitvertragspartnern sind die Wettbewerber des bindenden und der gebundenen Unternehmen nicht unmittelbar von der Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit betroffen. Nachteile für die Konkurrenten, insbesondere die des preisbindenden Herstellers, können sich erst mittelbar dadurch ergeben, daß ihm im Gegensatz zu seinem Konkurrenten faktisch das Mittel der direkten Einflußnahme auf die Endverbraucherpreise nicht als Absatzinstrument zur Verfügung steht ²⁶⁾. Der BGH hat aus diesem Grund in seiner 4711-Entscheidung - nicht in der Telefunken-Entscheidung - auch die Konkurrenten in

24) Ganai, S. 156 f.

25) Vgl. schon die Erörterung der Auffassung Möschels, oben Teil 3. D. III

26) Darauf, daß dies ein Wettbewerbsvorteil sein kann, weist schon BGHZ 28, 208, 222 - 4711 - hin; zum wirtschaftlichen Hintergrund von Preisbindungssystemen siehe auch oben Teil 2. A.

den Schutzbereich des § 15 GWB mit einbeziehen wollen²⁷⁾. Damit wird dem Preisbindungsverbot jedoch eine Konkurrentenschutzfunktion zugemessen, die sich aus der Vorschrift selbst nicht ableiten läßt²⁸⁾. Stützt der BGH dieses Ergebnis auf die Behauptung, die Schädigung der Konkurrenten laufe dem GWB zuwider, so unterstellt er damit dem GWB generell eine Konkurrentenschutzfunktion, die dem Gesetz nicht zukommt. Denn der Schutz des Wettbewerbs, dem das Kartellrecht dienen soll, kann nicht gleichgesetzt werden mit dem Schutz einzelner Wettbewerber. Auch wird rechtstechnisch der Schutz des Wettbewerbs im Kartellrecht - dies könnte ein Argument für eine allgemeine Konkurrentenschutzfunktion sein - nicht typischerweise über den Weg des Konkurrentenschutzes gewährleistet²⁹⁾. Das zeigt gerade das Preisbindungsverbot, das an die Gestaltungsfreiheit der gebundenen Unternehmen, also eine Wettbewerbsfreiheit der Marktgegenseite des preisbindenden Unternehmens, anknüpft. Die Konkurrenten der Unternehmen, die gegen Vorschriften des Kartellrechts verstoßen, sind daher in den Schutz dieser Vorschriften nur dort einbezogen, wo sich dies auch aus der Fassung der

- 27) BGHZ 28, 208, 222 f. mit folgender Begründung: "... Hersteller, die keine Preisbindungen vereinbaren oder im Ergebnis preisbindungsähnliche Empfehlungen aussprechen, können eine dem Gesetz* zuwiderlaufende Schädigung in ihrem Wettbewerb erleiden, wenn dritte Hersteller für gleichartige Waren entgegen dem Gesetz nicht angemeldete Preisbindungen vereinbaren" (*gemeint ist das GWB). Mit ähnlicher Begründung für die Umgehung des Preisbindungsverbot gemäß § 38 Nr. 11 GWB: BGH DB 1986, 1383, 1384; zustimmend: IM-Emmerich, § 35 Rndr. 40; Rinck/Schwark, Rz. 384; Brühl, S. 141
- 28) Kritisch aus diesem Grund auch K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 405 ff., insbesondere S. 407; Langen, § 15 Rdnr. 7; v. Gamm, Kartellrecht, § 15 Rdnr. 8 f.; FK-Kühlhorn, § 15 GWB Rdnr. 67
- 29) K. Schmidt, aaO S. 406

einzelnen Bestimmungen ausdrücklich ergibt, also beispielweise in den §§ 18 Abs. 1 Lit. b, 22 Abs. 4 Nr. 1 GWB. Denn käme dem GWB schon allgemein eine Konkurrentenschutzfunktion zu, so wäre nicht verständlich, warum in einzelnen Vorschriften des Kartellrechts dieser Aspekt erneut aufgenommen wird. Das Preisbindungsverbot selbst schützt daher nicht unmittelbar die Wettbewerber der preisbindenden Unternehmen. Der Schutz der Konkurrenten spielt daher für die Auslegung der Vorschrift keine Rolle, selbst wenn mittelbar (als Rechtsreflex) das Verbot der Preisbindung der zweiten Hand auch Konkurrenten zugute kommen kann. Der Schutz der Wettbewerber wird bei einem Verstoß gegen § 15 GWB aber regelmäßig über die Anwendung des § 1 UWG erreicht. Denn die Verletzung dieser unmittelbar wettbewerbsbezogenen Vorschrift läßt das mißbilligte Verhalten ohne weiteres als sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG erscheinen³⁰⁾.

IV. Schutz des Wettbewerbs als Institution

In Literatur³¹⁾ und Rechtsprechung³²⁾ wird überwiegend angenommen, daß § 15 GWB seinem Normzweck nach neben individuellen Wettbewerbsfreiheiten auch den Wettbewerb als Institution sichern solle. Für eine solche, über den Individualschutz hinausge-

30) Siehe nur BGH WuW/E BGH 1519 f. - 4 zum Preis von 3 -; Rinck/Schwark, Rz. 702, 384; GK-Benisch, § 35 Rdnr. 10; vgl. auch die Entscheidung zum Telefunkenvertriebssystem LG Hamburg WuW/E LG/AG 574 ff.

31) Langen, § 15 Rdnr. 7; IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 10; FK-Kühlhorn, § 15 Rdnr. 67; Rinck/Schwark, Rz. 384; Brühl, S. 36; Belke, Geschäftsverweigerung, S. 369; a. A. nur GK-Schwartz, § 15 Rdnr. 2

32) BGH WuW/E BGH 2238, 2242 - EH-Partner-Vertrag-; KG WuW/E OLG 3457, 3463 - Telefunken-Partner-Vertrag II -

hende Zielrichtung des § 15 GWB sprechen vor allem die verwaltungsrechtliche Sanktionsmöglichkeit und die Bußgeldbewehrung ³³⁾. Die Rechtsfolgen preisbindenden Verhaltens zeigen, daß es dem Gesetzgeber nicht nur um den Schutz des in seiner Vertragsfreiheit gebundenen Vertragspartners ging - insoweit wären allenfalls zivilrechtliche Sanktionen erforderlich gewesen -, sondern auch darum, im Interesse der Allgemeinheit wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten. Deutlich wird dies auch an der Gesetzesbezeichnung ("Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen") und an der Stellung des § 15 GWB im ersten Teil des GWB mit der Überschrift "Wettbewerbsbeschränkungen". Damit wird die systematische Einbindung des Preisbindungsverbotes in die Aufgabe des GWB, nämlich der Sicherung des Wettbewerbs und der Abwehr von Wettbewerbsbeschränkungen, sichtbar ³⁴⁾. Freilich kann die Annahme, das Preisbindungsverbot schütze auch den Wettbewerb als Institution, nicht dazu führen, bestimmte wettbewerbstheoretische Modellvorstellungen in die Norminterpretation mit einzubeziehen und vertikale Vertriebssysteme beispielsweise an neueren wettbewerbstheoretischen Erkenntnissen der chicagoschool zu messen ³⁵⁾. Denn was unter "Wettbewerb" zu verstehen ist, ist im Kartellgesetz nicht definiert. Es setzt sich auch immer mehr die Auffassung durch, daß dieser Begriff nicht exakt rechtlich eingegrenzt werden kann und deswegen für die Einzelfallauslegung

33) Vgl. GK-Benisch, § 35 Rdnr. 10

34) Vgl. Brühl, S. 36

35) In diese Richtung tendiert Ganai, S. 105 ff., vor allem S. 117 ff.: für eine "tolerantere rechtliche Behandlung" von vertikalen Vertriebssystemen, S. 130

nur von beschränktem Wert ist ³⁶⁾. Jedoch unterstreicht die Annahme einer überindividuellen Schutzfunktion für § 15 GWB die These, daß es für die kartellrechtliche Beurteilung von Preisbindungen nicht allein und in erster Linie auf die Innenwirkungen einer solchen (einzelnen) Abrede zwischen den (Erst)vertragspartnern ankommen kann. Denn wie oben gesehen rechtfertigen erst die positionsverschlechternden Außenwirkungen für Dritte, die typischerweise mit einer Preisbindung verbunden sind, das strenge per-se-Verbot der Preisbindung. Ein institutioneller, also an den Interessen der Allgemeinheit ausgerichteter Wettbewerbsschutz muß sich gerade auch gegen solche Beschränkungen der Auswahlfreiheit der Dritten richten, die, anders als die Erstvertragspartner, keinerlei Einfluß auf den Abschluß der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung haben, dieser aber ausgesetzt sind ³⁷⁾. So betrachtet enthalten Individual- und Institutionenschutz zwei Aspekte desselben Schutzzweckes ³⁸⁾. Für die hier interessierende Frage, ob mit der herrschenden Immanenztheorie die Reichweite des Preisbindungsverbotes ausschließlich anhand der Binnenwirkung der Preisbindung im Verhältnis der Erstvertragspartner zueinander bestimmt werden kann, ist der Literaturstreit, ob der Institutionenschutz darüber hinaus auf eine Wohlfstandsmaximierung gerichtet ist und deswegen Zielkonflikte zwischen beiden Schutzrichtungen nicht ausgeschlossen sind ³⁹⁾, ohne Belang. Denn auch im

36) Vgl. nur den Überblick zu den unterschiedlichen Definitionsansätzen bei Rinck/Schwark Rz. 204 f.

37) Vgl. allgemein hierzu insbesondere Säcker, Zielkonflikte S. 16, 24 m. w. Nachw.

38) Diese These vertritt Hoppmann, in Wettbewerb als Aufgabe, S. 61 ff.

39) Säcker, Zielkonflikte, S. 19

Hinblick auf das (angebliche) Ziel der Wohlstandsmaximierung müssen insbesondere die Auswirkung preisbindenden Verhaltens auf die Endabnehmer berücksichtigt werden. Das belegt deutlich die Begründung für die Abschaffung der Markenartikelpreisbindung. Der Gesetzgeber versprach sich hiernach, wie schon gesehen, aus der Erweiterung der Wahlmöglichkeiten der Verbraucher eine "Verbesserung der marktwirtschaftlichen Steuerung" und eine "Leistungssteigerung in Industrie und Handel".

B. Verhältnis der Schutzzwecke zueinander

Beeinflußt durch die Entstehungsgeschichte rückt in den Vordergrund der normzweckorientierten Auslegung des § 15 GWB regelmäßig der Schutz des gebundenen Unternehmens. Allein unter Hinweis hierauf wird ohne weitere Begründung formuliert, die Vorschrift schütze "in erster Linie" ⁴⁰⁾ die Handlungsfreiheit der gebundenen Vertragspartner; dies sei "primärer Schutzzweck" ⁴¹⁾. Eine Änderung der Vorstellungen des Gesetzgebers aufgrund der Erfahrungen mit der zunächst zulässigen Markenartikelpreisbindung wird nicht in Betracht gezogen. Die gesetssystematische Einbindung des Preisbindungsverbotes in die Aufgabe des GWB, den Wettbewerb als Institution zu schützen, wird nicht berücksichtigt. Gerade dieser Aspekt vermag aber, wie im folgenden zu zeigen sein wird, wichtige Hinweise für die Gewichtung der einzelnen Schutzziele zu geben.

Von Interesse ist insoweit vor allem das Verhältnis des Preisbindungsverbotes zu § 18 GWB. Beide Vor-

40) Langen, § 15 Rdnr. 7

41) IM-Emmerich, § 15 Rdnr. 10

schriften schützen die Handlungsfreiheit der gebundenen Unternehmen. Für die Anwendung beider Vorschriften kommt es auch darauf an, daß das bindende Unternehmen seinen Vertragspartner in seiner Freiheit bei Abschluß weiterer Verträge (Zweitverträge) beschränkt. Dabei bezieht sich § 15 GWB auf die Beschränkungen hinsichtlich des Inhalts künftiger Vertragsbeziehungen (Inhaltsfreiheit), § 18 GWB auf solche Bindungen, die die Zulässigkeit von Vertragsabschlüssen oder auch Verpflichtungen zum Abschluß weiterer Verträge betreffen (Abschlußfreiheit). Beide Regelungskomplexe dienen also der Aufrechterhaltung unterschiedlicher Spielarten der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit der gebundenen Vertragspartner.

Damit steht aber noch nicht fest, daß die Vorschriften auch auf den Schutz gerade der gebundenen Unternehmen ausgerichtet sind. Dies belegt deutlich die Regelung des § 18 GWB. Denn das Eingreifen der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht hängt nach § 18 GWB nicht von der Beschränkung der Abschlußfreiheit des einzelnen gebundenen Unternehmens ab, sondern in erster Linie von den Auswirkungen solcher vertikaler Bindungen auf den Markt, also von den Außenwirkungen der mißbilligten Freiheitsbeschränkung ab. Eindeutig geht das aus den Mißbrauchtatbeständen des § 18 Abs. 1 Buchst. b u. c GWB hervor. Untersagungsgrund ist in diesen Fällen die unbillige Beschränkung des Marktzutritts (Buchst. b) und die Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt (Buchst. c). Aber auch dort, wo die Mißbrauchsaufsicht nach dem Gesetz erst dann eingreifen kann, wenn die Wettbewerbsfreiheit der gebundenen Unternehmer unbillig eingeschränkt wird (Buchst. a), kommt es darauf an, daß zusätzlich nachteilige Außenwirkungen für den Markt zu erwarten sind. Es ist nämlich erforderlich, daß eine Vielzahl

von Unternehmen gleichartig gebunden werden. Der Mißbrauch der Vertragsfreiheit zu Lasten des einzelnen Unternehmers ist also noch nicht kartellrechtlich sanktioniert.

Für die Auslegung des § 15 GWB, dessen Anwendung seinem Wortlaut nach nicht so eindeutig von den Außenwirkungen einer Preisbindung für den Markt abhängt, kann hieraus nicht geschlossen werden, daß das Preisbindungsverbot im Gegensatz zu § 18 GWB vornehmlich oder gar ausschließlich dem Schutz der gebundenen Unternehmen dient. Diese Lesart trägt dem inneren Zusammenhang beider Regelungen nicht Rechnung ⁴²⁾. Denn die strenge kartellrechtliche Behandlung der Beschränkungen der Inhaltsfreiheit gegenüber der Abschlußfreiheit läßt sich nicht rechtfertigen, wäre in § 15 GWB lediglich der Schutz des (einzelnen) gebundenen Unternehmers bezweckt. Der Grund für die abgestufte Regelung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen muß vielmehr darin gesehen werden, daß § 15 GWB einen für das Kartellrecht besonders wichtigen Bereich der unternehmerischen Handlungsfreiheit betrifft ⁴³⁾. Damit ändert sich jedoch nichts an der grundsätzlich drittschützenden Ausrichtung der Vorschriften der §§ 15 und 18 GWB, die sich an den Außenwirkungen vertikaler Frei-

42) Ulmer, ZHR 130 (1968), 164, 187, hat schon recht früh darauf hingewiesen, daß die Schutzrichtung des § 15 GWB nicht isoliert bestimmt werden darf, sondern die Vorschriften über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen im systematischen Zusammenhang zu sehen seien. In jüngerer Zeit ist der innere Zusammenhang von §§ 15 u. 18 GWB insbesondere von Wilhelm, ZHR 150 (1986), 320 ff., 351 herausgearbeitet worden. Er sieht in §§ 1 und 18 GWB Grundnormen und -prinzipien des GWB, in §§ 15 und 20 GWB Sondertatbestände zu § 18 GWB.

43) So zutreffend Knöpfe, DB 1986, Beilage Nr. 11, S. 5.

heitsbeschränkungen orientieren muß⁴⁴⁾. Wird in § 15 GWB auch schon die Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit des einzelnen Unternehmers verboten, so ist hierin - gegenüber der Vorschrift des § 18 GWB, die auf zusätzliche marktbeeinträchtigende Wirkungen abstellt - eine Vorverlagerung des Schutzes gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen zu sehen. Wegen der Bedeutung, die der Gesetzgeber der Preisgestaltungsfreiheit zugemessen hat, genügt für die Anwendung des § 15 GWB schon eine Preisbindung gegenüber einem einzigen Unternehmen. Dies macht den besonderen Charakter des § 15 GWB aus. Unabhängig von einem Marktergebnistest greift die Vorschrift bei jeder Beschränkung der Inhaltsfreiheit ein. Hiermit soll jeder Gefahr, die aus einer Beschränkung der Inhaltsfreiheit für den Wettbewerb erwachsen kann, vorgebeugt werden, während es für vertikale Bindungen i. S. d. § 18 GWB, die der Gesetzgeber als weniger wettbewerbsschädlich angesehen hat, auf die tatsächlich eintretende wettbewerbsbeschränkende Wirkung ankommt. Im Verhältnis zu § 18 GWB ist also eine Erweiterung des Schutzes zu beobachten, nicht aber eine völlige Änderung der kartellrechtlichen Zwecksetzung. Der Schutz gegenüber vertikalen Bindungen greift im Falle des § 15 GWB lediglich früher ein. So gesehen schützt § 15 GWB - im Gegensatz zu § 18 GWB - zwar auch die gebundenen Unternehmen; in

44) Den Grund dafür, daß in der Begründung zu § 15 GWB im Gegensatz zur Begründung zu § 18 GWB der Schutz der Inhaltsfreiheit des gebundenen Vertragspartners in den Vordergrund der Überlegungen gestellt wird, sieht auch Wilhelm, ZHR 150 (1986), 320, 333 f., nicht darin, eine Drittschutzfunktion zu verneinen. Für den Gesetzgeber habe lediglich ein besonderes Bedürfnis bestanden, die im Vergleich zu § 18 GWB wesentlich schärfere, nicht auf die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung abstellende Regelung des Preisbindungsverbotes zu legitimieren.

erster Linie dient das Preisbindungsverbot aber dem Zweck, die drittbelastenden, marktbezogenen Außenwirkungen ⁴⁵⁾ einer Preis- oder Konditionenbindung abzuwehren. Dieses Ergebnis, das auf den inneren Zusammenhang der Vorschriften über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gestützt werden kann, korrespondiert mit der systematisch begründeten Feststellung K. Schmidt's, der Standort einer demgegenüber vornehmlich auf den Schutz der gebundenen Unternehmer ausgerichteten Mißbrauchskontrolle läge im Umfeld des § 22 GWB.

C. Normzweckgerechte Abgrenzung

Eine dem Normzweck gerecht werdende Auslegung des Preisbindungsverbots muß also in erster Linie die drittschützenden Funktion der Vorschrift berücksichtigen, darf aber andererseits auch nicht den Schutz der gebundenen Unternehmen aus dem Auge verlieren. Wegen der besonderen Anforderungen an die Auslegung kartellrechtlicher Normen muß zudem gewährleistet sein, daß diese Gesetzesinterpretation von Wortlaut und Wortsinn gedeckt ist. Die teleologische Auslegung muß also an ein Tatbestandsmerkmal des § 15 GWB anknüpfen.

-
- 45) Möglicherweise verbirgt sich dieser Gedanke auch hinter der sibyllinischen Formulierung des BGH im Telefunkenbeschuß (WuW/E BGH 2238, 2242: "Durch diese Vorschrift soll einem Mißbrauch der grundsätzlich bestehenden Vertrags- und Vertragsgestaltungsfreiheit entgegengewirkt werden und die Entschließungsfreiheit des Vertragspartners nicht zuletzt im Interesse eines freien Wettbewerbs bewahrt werden...". Auch nach Auffassung des BGH ist der Schutz des gebundenen Unternehmers nur Mittel zum Zweck, das eigentliche, davon abweichende kartellrechtliche Ziel des § 15 GWB zu erreichen. Vgl. auch Rinck/Schwarck Rz. 384: § 15 GWB diene "insbesondere" dem Schutz der Vertragspartner des gebundenen Unternehmens.

Der geeignete Ansatzpunkt hierzu - insofern ist dem BGH zuzustimmen - ist das Merkmal der beschränkbaren Freiheit. Denn die Aufrechterhaltung der Freiheit zur Gestaltung der Preise und Konditionen ist der Weg, auf dem die kartellrechtlichen Ziele des Preisbindungsverbotes erreicht werden sollen. Eine solche Gestaltungsfreiheit wird von § 15 GWB vorausgesetzt, andernfalls könnte sie nicht geschützt werden. Fehlt sie von vorneherein, kann das Preisbindungsverbot nicht eingreifen.

Im Gegensatz zur Auffassung des BGH und der herrschenden Immanenztheorie kann jedoch die Frage, wann die kartellrechtliche Gestaltungsfreiheit von vorneherein fehlt, nicht allein aus dem Binnenverhältnis der Erstvertragsparteien bestimmt werden. Wie gesehen ⁴⁶⁾, kann eine solche Abgrenzung nur dem Schutz der gebundenen Vertragspartner gerecht werden, hinsichtlich der Drittschutzfunktion fehlt dieser Anwendung des Preisbindungsverbots die eigenständige kartellrechtliche Legitimation. Die (verkürzte) Kernaussage der Immanenztheorie, was nach dem Zivilrecht geboten sei, das könne das Kartellrecht nicht verbieten ⁴⁷⁾, erweist sich damit nicht als überzeugend. Denn zivilrechtliche Gebote folgen rein zivilrechtlichen Zielsetzungen. Die Grundthese der Immanenztheorie wird damit aber der eigenständi-

46) Vgl. oben Teil 3, D, I, 4

47) K. Schmidt, Kartellverbot, S. 81;

gen Zielsetzung des GWB nicht gerecht ⁴⁸⁾. Wegen der Drittschutzfunktion des § 15 GWB muß die Frage, ob eine beschränkbare Preisgestaltungsfreiheit besteht, gerade auch im Hinblick auf die Außenwirkungen von Preisbindungssystemen beurteilt werden. Im Gegensatz zur zivilrechtsorientierten Immanenztheorie müssen sowohl die Erfordernisse des Privatrechts als auch die eigenständigen kartellrechtlichen Normzwecke berücksichtigt werden, damit so - um einen vornehmlich im öffentlichen Recht verwandten Begriff aufzugreifen - Konkordanz zwischen beiden Rechtsgebieten erzielt werden kann. Die kartellrechtliche Beurteilung von Preisbindungssystemen darf sich daher nicht darauf beschränken, die - gemessen an der Risikoverteilung im Innenverhältnis - legitimen Interessen eines Herstellers an der Festlegung der Preise zu untersuchen. Für die Auslegung des § 15 GWB ist neben der Frage, ob eine Preisbindung (im Innenverhältnis) erforderlich ist, auch zu prüfen, ob die damit gleichzeitig verbundenen positionsverschlechternden Außenwirkungen im Hinblick auf die Drittschutzfunktion der Vorschrift kartellrechtlich angemessen sind. Eine so verstandene "wettbewerbsrechtliche Immanenztheorie" ⁴⁹⁾ erfordert also eine Güterabwägung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Hierbei müssen die berechtigten Interessen eines Herstellers an einer Preisfestsetzung und die

48) Kritisch gegenüber einer so verstandenen Immanenztheorie im Rahmen des § 1 GWB Fikentscher, Wirtschaftrecht Bd. II, § 22 II 5 Fußn. 276 a. E; Schwarz, Kartellvertrag, S. 147 f. und im Anschluß an ihn K. Schmidt, ZHR 149 (1985), 1, 11; diese Argumentation greife im Kartellrecht zu kurz. Ein solches Vorgehen verleite dazu, die Anwendung des Kartellrechts vom Zivilrecht her zu steuern; entscheidend sei die Frage der Einschränkung der schuldrechtlichen Vertragsimmanenz aufgrund kartellrechtlicher Zwecke und Wertungen (Fikentscher aaO)

49) Im Anschluß an Schwarz, S. 147, 148

Interessen der Marktgegenseite, möglichst frei von Beschränkungen des Austauschprozesses am Wettbewerb teilnehmen zu können, berücksichtigt werden ⁵⁰⁾.

I. Kombination der Abgrenzungskriterien der Risiko- und der Funktionsverteilung

Einen Lösungsweg, der diese Anforderungen erfüllen kann, zeigt möglicherweise eine in der Literatur häufig vorzufindende Abgrenzung auf. Die Frage, ob dem gebundenen Unternehmen eine nach § 15 GWB beschränkbare Gestaltungsfreiheit zukommt, soll danach aufgrund ihrer Stellung am Markt ermittelt werden. Entscheidend sei, ob der gebundene Unternehmer eine eigenständige, nach der Risiko- und auch der Funktionsverteilung zu beurteilende Stellung im Vertrieb innehat ⁵¹⁾. Die Grenze zwischen zulässiger und verbotener Preisbindung soll nach dieser Auffassung also - ebenso wie in der Telefunkenentscheidung des BGH - nach wirtschaftlichen Kriterien gezogen werden ⁵²⁾. Im Gegensatz zum Gericht wird jedoch nicht allein die Risikostruktur als maßgeblich angesehen, die das Binnenverhältnis der Erstvertragspartner prägt. Die Frage nach der Funktionsverteilung stellt vielmehr darauf ab, welche Aufgaben der Vertriebsvermittler im Außenverhältnis wahrnimmt. Das Eingreifen des Preisbindungsverbotes hängt mithin davon

50) Zur Lösung von Prinzip- und Normenkollisionen durch Güterabwägung siehe Larenz, Methodenlehre, S. 388 ff.

51) Vgl. Loewenheim in Loewenheim/Belke, S 15 Rdnr. 15; Ebenroth, S. 82 f.; Koeble, S. 129, 142 f.; Möschel, BB 1985, 1477, 1480 f.; Brühl, WRP 1983, 3, 5; Dau, S. 110 ff.; ähnlich im Ansatz auch Fikentscher/Sandberger, WRP 1970, 1, 7 und Ganai, S. 226 ff.

52) Auf die Erforderlichkeit einer solchen Betrachtungsweise verweisen insbesondere Ebenroth, S. 82 und Koeble, S. 145 ff.

ab, ob der gebundene Unternehmer sich im Außenverhältnis wirtschaftlich lediglich als der "verlängerte Arm" ⁵³⁾ des Herstellers erweist und ihm (auch) unter diesem Aspekt eine eigenständige Preisgestaltungsfreiheit nicht zusteht. Das nach § 15 GWB geschützte Recht, Preise selbständig festzusetzen, erfährt seine kartellrechtliche Legitimation also nicht nur aufgrund der (internen) Risikoübernahme, sondern auch im Hinblick auf die Funktionen, die die Vertriebspartner gegenüber der Marktgegenseite (Ausßenverhältnis) übernehmen ⁵⁴⁾. Die Abgrenzung nach der Funktionsverteilung erweist sich damit als ein eigenständiger, wegen seiner Marktbezogenheit typisch kartellrechtlicher Beurteilungsmaßstab.

II. Bestimmung der Funktionsverteilung

Soll durch die Einführung des Abgrenzungsmaßstabes der Funktionsverteilung der drittschützenden Zielrichtung des § 15 GWB Rechnung getragen werden, so kann es für die Auslegung der Vorschrift nicht darauf ankommen, welche Funktion das gebundene Unternehmen im Innenverhältnis (gegenüber seinem Vertriebspartner/Hersteller) wahrnimmt. Entscheidend muß vielmehr sein, daß der betroffene Absatzmittler eigenständige Aufgaben im Vertrieb der Waren gegenüber der Marktgegenseite erfüllt. Nach diesem Maßstab steht dem gebundenen Vertragspartner dann eine beschränkbare Preisgestaltungsfreiheit zu, wenn aus

53) Dieses Bild verwendet das KG (WuW/E OLG 3457, 3459 - Telefunken II -; siehe auch Möschel, BB 1985, 1477, 1480), der auch über die Risikoverteilung hinaus die Drittwirkungen einer Preisbindung mit in die kartellrechtliche Abgrenzung einbeziehen will.

54) Vgl. vor allem Koeble, S. 147

Sicht der Marktgegenseite die Absatzgeschäfte sich als wirtschaftlich eigenständige Geschäfte des gebundenen Unternehmers darstellen⁵⁵⁾.

Die Autoren, die eine Abgrenzung nach Risiko- und Funktionsverteilung vorsehen, berücksichtigen diesen Gesichtspunkt jedoch nicht hinreichend. Meist wird der Begriff der Funktionen nicht definiert, zumindest nicht von dem Maßstab der Risikoverteilung abgegrenzt⁵⁶⁾. Die Funktionsverteilung wird von diesen Autoren in einem Atemzug mit der Risikoverteilung als wenig präziisiertes, gleichwohl maßgebliches Abgrenzungskriterium genannt. Hiernach korrespondieren beide Maßstäbe miteinander. Folge ist, daß ohne weitere Begriffsklärung – stillschweigend oder ausdrücklich – die Funktionsverteilung aus der Verteilung der Risiken abgeleitet wird⁵⁷⁾. Diese Auffassung wird jedoch der typischen Drittbezogenheit der der Frage der Funktionsverteilung und damit auch den Anforderungen des Drittschutzes durch § 15 GWB nicht

- 55) Zutreffend Dau, S. 112 f.: Entscheidend für das Eingreifen des Preisbindungsverbotes sei es, ob eine eigenverantwortliche Tätigkeit des Absatzmittlers gegenüber der Marktgegenseite festgestellt werden könne. Eigenständiges "wettbewerbsfunktionale Handeln" in diesem Sinn definiert er als "Wahrnehmung eigenverantwortlichen Spielraums beim Kontrahieren mit Angehörigen der Marktgegenseite". Ähnliche Beurteilungsgesichtspunkte klingen in der Entscheidung des BGH WuW/E BGH 1851, 1853 – Bundeswehrheime II – an: Für die Anwendung des § 15 GWB komme es darauf an, ob das gebundene Unternehmen "die anfallenden unternehmerischen Entscheidungen überwiegend selbst trifft".
- 56) Loewenheim in Loewenheim/Belke, § 15 Rdnr. 15; Ebenroth, S. 82 f.; Koeble, S. 147 f.; Fikentscher/Sandberger, WRP 1970, 1, 7 und Ganai, S. 226 ff.
- 57) Ausdrücklich so Fikentscher/Sandberger, WRP 1970, 1, 7 und Ganai, S. 227 f.; erstaunlich ist insoweit, daß selbst Dau, S. 112, der auf die Wahrnehmung eigenständiger Funktionen im Außenverhältnis abstellen will, bei der Beurteilung von Handelsvertreterverhältnissen in Anlehnung an die handelsrechtlichen Regelungen die interne Risikoverteilung als ausschlaggebend ansieht.

gerecht. Denn durch die Gleichstellung von Risiko- und Funktionsverteilung hat wiederum nur das Binnenverhältnis Bedeutung für die kartellrechtliche Grenzziehung. Für die Auslegung des Preisbindungsverbotes ist damit nichts gewonnen.

Es muß also ermittelt werden, ob aus Sicht der Marktgegenseite das gebundene Unternehmen derart in den Vertrieb des Herstellers eingegliedert ist, daß sich die Absatzgeschäfte als solche des Herstellers darstellen, d. h. der Gebundene gegenüber Dritten keine eigenständigen Absatzfunktionen wahrnimmt. Für die Ermittlung der Funktionsverteilung ist auf das Auftreten der Vertriebsunternehmen gegenüber der Marktgegenseite abzustellen⁵⁸⁾. Als eigenes Geschäft stellt sich danach eine Abschluß dar, wenn aus Sicht der Dritten der Absatzmittler die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen selbst trifft⁵⁹⁾. Keine eigenständige Funktion im Warenabsatz nimmt ein gebundenes Unternehmen dann wahr, wenn es in das vorgegebene Vertriebssystem und seine Zielsetzungen so einbezogen ist, daß es auch gegenüber der Marktgegenseite überwiegend im Interesse des Vertriebsherrn tätig wird. Ausschlaggebend kann insoweit jedoch nicht sein, ob sich eine allgemeine Interessenwahrungspflicht aus dem Innenverhältnis der Vertriebspartner zueinander ergibt - etwa aus

58) Im Ergebnis grenzt das KG (WuW/E OLG, 3457, 3461 f. - Telefunken-Partner-Vertrag II -) ähnlich ab. Allerdings gelangt das Gericht zu diesem Beurteilungskriterium über die Frage, ob sich bei den Telefunken-Verträgen um handelsrechtlich atypische Abreden handelt. Dieser Weg wird hier aber aus methodischen Gründen abgelehnt (vgl. oben Teil 3. II. 3). Denn die Funktionsverteilung kann nicht in Anlehnung an handelsrechtliche Vertragstypen bestimmt werden.

59) Vgl. zu diesem Kriterium schon BGH aaO Fn. 55

§ 86 HGB - 60. Entscheidend ist vielmehr, ob nach der Vertragsgestaltung 61 der Absatzmittler auch nach außen überwiegend im Eigen- oder im Fremdisinteresse tatsächlich tätig werden soll 62.

Die Kriterien dafür müssen aus den sachbezogenen, mit dem Warenabsatz unmittelbar verknüpften Funktionen 63 abgeleitet werden. Bedeutsam für die Einschätzung der Marktgegenseite sind insofern vor allem das Warensortiment und die Präsentation der Produkte. Denn die wesentlichen, aus Sicht der Abnehmer erkennbaren Vertriebsaufgaben bestehen in der Auswahl der anzubietenden Produkte und in der Darstellung derselben 64. Eine Eingliederung in das Vertriebssystem eines Herstellers (Wahrnehmung überwie-

60) So aber der BGH WuW/E BGH 2238, 2244 - EH-Partner-Vertrag -, der sich mit dieser Begründung aber insbesondere gegen die handelsrechtliche Begründung der KG-Entscheidung (aaO Fn. 5) wendet, der Interessenwahrnehmung jedoch keine besondere eigenständige Bedeutung zumißt. Demgegenüber wendet Markert, BB 1986, 1390, 1391 zutreffend ein, daß das Kriterium der Interessenwahrungspflicht so, wie es der BGH verwendet, keine Aussagekraft mehr hat. Wenn eine solche Pflicht selbst bei gleichzeitiger Vertriebstätigkeit für Konkurrenten des preisbindenden Herstellers nicht verneint werde, so begründe jedes längerfristige Vertriebsverhältnis auch die erforderliche allgemeine Interessenwahrungspflicht

61) Wie oben gesehen muß die Zulässigkeit einer Preisbindung für den Zeitpunkt des Abschlusses des Erstvertrages beurteilt werden (vgl. insbesondere die Ausführungen zur Auffassungs Möschels, oben Teil 3. II)

62) Vgl. insoweit auch Markert, BB 1986, 1390, 1391, der anscheinend für die Zulässigkeit von Preisbindungen im Rahmen von Agenturverträgen darauf abstellen will, daß die im Binnenverhältnis auferlegte Interessenwahrungspflicht auch erfüllt werden kann.

63) So auch Koeble, S. 147; Ebenroth, S. 82

64) Zum selben Ergebnis kommt auch das KG WuW/E OLG, 3457, 3461 f. - Telefunken-Partner-Vertrag II - allerdings über die Frage nach dem typischen Auftreten eines Handelsvertreters im Geschäftsverkehr

gend fremder Interessen) setzt danach zweierlei voraus:

(1) Zum einen muß schon das Warensortiment so beschaffen sein, daß die Integration des Absatzmittlers in ein Vertriebssystem erkennbar ist. Regelmäßig wird man hiervon nur ausgehen können, wenn der Handelsvertreter überwiegend Waren oder sonstige Leistungen eines einzigen Herstellers anbietet, der zugleich das Vertriebssystem aufgebaut hat. Zumindest ist es erforderlich, daß in einem deutlich abgrenzbaren Ausschnitt des Warensortiments überwiegend Waren aus dem Vertriebssystem abgesetzt werden. Für eine eigenständige Stellung auf der Handelsstufe spricht dagegen der gleichzeitige Vertrieb von Konkurrenzprodukten. Denn hier ist der Marktgegenseite eine eindeutige Zuordnung des Absatzmittlers zu einem Hersteller nicht mehr möglich, eine Integration nach dem Warensortiment also nicht erkennbar.

(2) Wesentlich für die Identifizierung eines Absatzmittlers mit einem Vertriebssystem ist auch die Darstellung der Produkte gegenüber der Marktgegenseite. Für die Frage, ob das gebundene Unternehmen nach außen überwiegend Interessen des Herstellers wahrnimmt, erscheint insoweit von besonderer Bedeutung, unter welchem Namen das Unternehmen am Markt auftritt. Für eine unselbständige Stellung am Markt nach diesem Kriterium spricht es, wenn der Absatzmittler nicht mehr als selbständiger Marktteilnehmer in Erscheinung tritt. Dies ist der Fall, wenn das Bild des Vertriebssystems so dominant das Auftreten der Absatzmittler am Markt prägt, daß aus Sicht der Abnehmer der einzelne Vertriebspartner lediglich als Vertriebsstelle des Herstellers erscheinen muß. Kriterien hierfür sind insbesondere die einheitliche Ausstattung der Geschäftsräume, Verwendung von Warenzeichen und Markenbezeichnungen im Rahmen eines

Vertriebssystems. Wird dadurch die Einbindung der Vertriebsunternehmen in das Vertriebsnetz derart hervorgehoben, daß die einzelnen Vertriebspartner innerhalb einer solchen Absatzorganisation für die Marktgegenseite weitgehend als austauschbare Mitglieder einer einheitlichen Absatzorganisation erscheinen, nehmen sie auch nicht eigenständig Handelsfunktionen wahr. Ein typisches Beispiel für derartige, nach außen weitgehend integrierte Vertriebssysteme sind die Tankstellennetze der großen Mineralölfirmen. Hier ist die farbliche Ausstattung, vor allem aber die Verwendung der Markenbezeichnungen und Warenzeichen so prägend, daß im Geschäftsverkehr dem einzelnen Tankstelleninhaber nur eine gegenüber der Zugehörigkeit zum Vertriebssystem untergeordnete Bedeutung zukommt.

III. Verhältnis der Kriterien der Funktions- und der Risikoverteilung zueinander

Ehe auf die Konsequenzen der hier vertretenen, von der Rechtsprechung des BGH abweichenden Auffassung für die Vertriebspraxis eingegangen werden kann, muß das Verhältnis der beiden eigenständigen Kriterien der Risikotragung und der Funktionsverteilung zueinander geklärt werden.

Ebenso wie nach der Auffassung des BGH soll auch hier als ein Kriterium für die Zulässigkeit der Preisbindung die Risikoverteilung ausschlaggebend sein. Dieser Maßstab ist geeignet, den Schutz der gebundenen Erstvertragspartner zu gewährleisten. In diesem Binnenverhältnis führt er zu einem angemessenen

nen Interessenausgleich, da hier, wie gesehen ⁶⁵⁾, Preisweisungsrecht und Riskotragung einander bedingen. Nach den Feststellungen zum Normzweck des § 15 GWB kann ergänzend hinzugefügt werden, daß bei einem Auseinanderfallen von Riskotragung und Preisweisungsrecht regelmäßig ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit durch das preisbindende Unternehmen vorliegen wird, den das Preisbindungsverbot nach der Auffassung des Gesetzgebers gerade verhindern sollte. In solchen Fällen besteht nämlich die tatsächliche Vermutung dafür, daß das bindende Unternehmen sich nicht durch die Übernahme der sich aus den Vertriebsgeschäften ergebenden Risiken ein Mitspracherecht bei der Gestaltung der Zweitverträge "erkauft", sondern dieses aufgrund überlegener Marktmacht durchsetzt. Immer dann, wenn gemessen an der Risikoverteilung dem Hersteller schon im Innenverhältnis kein Weisungsrecht zukommt, greift also - insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung - § 15 GWB ein. Dies ist letztlich Folge der Vorverlagerung des kartellrechtlichen Schutzes nach § 15 GWB, der im Gegensatz zur Vorschrift des § 18 GWB unabhängig von belastenden Drittwirkungen schon bei der Beschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit auch nur eines Unternehmens eingreift ⁶⁶⁾.

Nicht geklärt ist damit aber, wie zu verfahren ist, wenn der Hersteller zwar im Innenverhältnis (überwiegend) die sachgebundenen Vertriebsrisiken trägt, im Außenverhältnis aber die Vertriebspartner eigenständig die Vertriebsfunktionen gegenüber der Marktgegenseite übernehmen. Typische Konstellation hierfür ist das Telefunken-Vertriebssystem. Die Einzel-

65) Vgl. oben Teil 3 II. 4. a

66) Vgl. oben unter B.

handelspartner sollten hier weder nur Telefunkenware in ihrem Sortiment führen, noch ordnen sie sich in ihrem äußerlichen Erscheinungsbild dem Vertriebsnetz von Telefunken unter.

Es stellt sich an diesem Punkt also die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine im Innenverhältnis legitime Preisbindung im Hinblick auf die positionsverschlechternden Außenwirkungen zu Lasten der geschützten Dritten angemessen ist.

1. Anwendung des Kartellverbots auf zivilrechtlich begründete Wettbewerbsverbote

Ein Anhaltspunkt dafür, wie den Erfordernissen des Zivilrechts und denen des Kartellrechts hier Rechnung getragen werden könnte, läßt sich der Rechtsprechung zur Behandlung von Wettbewerbsverboten nach § 1 GWB entnehmen. Auch hier stellt der BGH klar, daß grundsätzlich zivilrechtlich begründete Wettbewerbsverbote nicht aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots herausfallen können. Ausschlaggebend sei vielmehr, ob eine solche Vertragsbestimmung im Hinblick auf den verfolgten Vertragszweck sachlich geboten sei ⁶⁷. Im Gegensatz zur Telefun-

67) Vgl. hierzu das anschauliche Resümee des BGH, in WuW/E BGH 2285, 2288 - Spielkarten -: "Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats können wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen allerdings dann der Anwendung des § 1 GWB entzogen sein, wenn sie aus dem im übrigen kartellrechtsneutralen Rechtsverhältnis notwendigerweise folgen. So hat der Senat ein gesellschaftsrechtliches Wettbewerbsverbot mit der Begründung als zulässig angesehen, daß es allein dem Bestand und der Erhaltung des Gesellschaftsunternehmens dient und die Gesellschaft und die Mitgesellschafter auf den rechtlichen Bestand des Wettbewerbsverbotes angewiesen sind (BGHZ 70, 331 - Gabelstabler - ; vgl. hierzu auch BGHZ 89, 162, 169 - Werbeagentur-). In gleicher Weise hat er ausgesprochen, daß eine Beurteilung nach § 1 GWB dann ausscheidet, wenn die verein-

ken-Entscheidung stellt der Senat damit nicht ausschließlich auf die Binnenbeziehung der Partner des wettbewerbsbeschränkenden Vertrages ab ⁶⁸⁾. Während nämlich für § 15 GWB isoliert ein Aspekt der Erstvertragsbeziehungen, die Risikoverteilung, herangezogen werden soll, ist für die Anwendung des § 1 GWB auf Wettbewerbsverbote die Erforderlichkeit einer solchen Abrede für die Durchführung des Vertragszweckes als Ganzes entscheidend. Dahinter steht die Überlegung, daß das Kartellrecht nicht dazu führen darf, die Marktteilnahme eines Wettbewerbers zu verhindern. Deutlich wird dies insbesondere auch anhand der vom BGH entschiedenen unterschiedlichen Fallkonstellationen. Einerseits sieht das Gericht ein Wettbewerbsverbot gegenüber einem geschäftsführenden Gesellschafter einer KG als zulässig an ⁶⁹⁾; die gleiche Bestimmung, einem lediglich kapitalistisch beteiligten OHG-Gesellschafter auferlegt, soll dagegen unter § 1 GWB fallen ⁷⁰⁾. Auch hier begründete das Gericht seine Entscheidung zunächst damit, daß das Wettbewerbsverbot notwendige Folge der dem Gesellschafter eingeräumten Geschäftsführungsbefugnis sei ⁷¹⁾. Insoweit gleicht die Argumentation der der Telefunkenentscheidung, nach der das Preisweisungsrecht mit der internen Risikoverteilung korrespon-

barten Wettbewerbsbeschränkungen Bestandteil eines Leistungsaustausches geworden sind und zur Erreichung des mit dem Austauschvertrag verfolgten Zwecks sachlich geboten sind (Urt. 6. 3. 1979 - KZR 4/78 . Erbauseinandersetzung -, WuW/E BGH 1597, 1598 f.; vgl. auch Urteil v. 3.11. 1981 - KZR 33/80 - Holzpaneele -, WuW/E BGH 1898 f.)."

- 68) So auch die Deutung des Urteil v. 3.11. 1981 - KZR 33/80 - Holzpaneele -, WuW/E BGH 1898 ff. durch Ulmer, NJW 1982, 1975, 1976
- 69) BGH WuW/E BGH 1517, 1518 f. - Gabelstabler -
- 70) BGH WuW/E BGH 519, 521 f. - Bonbonniere
- 71) BGH WuW/E BGH 1517, 1518 f. - Gabelstabler

diere. Im Gegensatz dazu beläßt es der Kartellrechtssenat jedoch nicht bei dieser Analyse der Binnenbeziehungen. Entscheidend stellt er für die Anwendung des Kartellverbots vielmehr darauf ab, ob durch das Wettbewerbsverbot erst der Bestand des Unternehmens gesichert sei, ob also der "kartellrechtsneutrale Zweck" ⁷²⁾, gemeint ist die gemeinschaftliche Teilnahme am Wettbewerb durch Zusammenschluß zu einer Gesellschaft, durch ein Wettbewerbsverbot erst ermöglicht wird. Das "Insiderwissen" und die sich ergebende Interessenkollision für einen geschäftsführenden Gesellschafter, der gleichzeitig Wettbewerber der Gesellschaft ist, gefährdet aber nachhaltig deren Marktteilnahme. Für die kartellrechtliche Beurteilung kommt dem Binnenverhältnis damit eine eher dienende Funktion im Hinblick auf die Teilnahme am Marktgeschehen (Außenverhältnis) zu ⁷³⁾. Nur wenn die fragliche interne Vertragsgestaltung im Hinblick auf die angestrebte Marktteilnahme im Außenverhältnis unumgänglich ist, kann sie kartellrechtlich Bestand haben. Die Anerkennung gesellschaftsrechtlicher aber auch handelsrechtlicher Organisationsformen im Kartellrecht kann

72) BGH WuW/E BGH 1517, 1518 f. - Gabelstabler -

73) Die Marktbezogenheit der Abgrenzung des BGH wird besonders deutlich in BGH WuW/E BGH 1597, 1599 -Erbausein-
andersetzung -: "Die Beurteilung der sachlichen Notwendigkeit des vereinbarten Wettbewerbsverbots ist im wesentlichen Tatfrage... Das Berufungsgericht wird daher aufgrund der damaligen wirtschaftlichen Situation der Beteiligten..., der weiteren Entwicklung sowie der Marktsituation ... zu prüfen haben, ob ein dauerhaftes Wettbewerbsverbot zwischen den Parteien erforderlich ist, um ihnen den wirtschaftlichen Vorteil der vereinbarten Auseinandersetzung zu sichern,..."; ähnlich auch BGH WuW/E BGH 1600, 1601 - Frischbeton -: ein Wettbewerbsverbot zulasten mehrerer ausscheidender Kommanditisten sei zulässig, weil es der "Absicherung der Marktstellung" der verbleibenden Gesellschafter diene.

also nicht um ihrer selbst willen, sondern nur zur Sicherung eines funktionierenden Wettbewerbs erfolgen. Damit ist gewährleistet, daß einerseits solche Organisationsformen durch das Kartellrecht nicht völlig beseitigt werden, daß andererseits aber die kartellrechtliche Grenzziehung nicht ausschließlich anhand privatrechtlicher Vorgaben erfolgt.

2. Konsequenzen für das Preisbindungsverbot

Ähnlich gelagert ist auch die Problematik der Preisbindung im Rahmen handelsrechtlich organisierter Vertriebssysteme. Auch hier stellt sich die Frage, ob eine Preisbindung allein um der Erhaltung handelsrechtlicher Organisationsformen willen kartellrechtlich zugelassen werden muß, oder ob für das GWB nicht vielmehr entscheidend sein muß, welche Funktionen solche Organisationsformen im Wettbewerb erfüllen. Für das letzteres spricht insbesondere, daß § 15 GWB in erster Linie Drittschutzfunktion zukommt. Die kartellrechtliche Auslegung muß daher die Außenwirkungen preisbindenden Verhaltens und das Erfordernis einer Preisbindung am Markt besonders berücksichtigen und kann sich nicht lediglich an die Binnenbeziehungen der Erstvertragspartner anlehnen, also an die Frage der handelsrechtlich angemessenen Organisationsform. Versucht man deswegen die oben aufgezeigten Ansätze auf die Auslegung des Preisbindungsverbots zu übertragen, so muß auch hier auf die dienende Funktion der vertraglichen Binnenbeziehung für die Teilnahme am Wettbewerb im Außenverhältnis

abgestellt werden ⁷⁴⁾. Es ist daher zu fragen, ob die Risikoubernahme, die das Preisbindungsrecht zivilrechtlich bedingt, im Hinblick auf die angestrebte Marktteilnahme, den kartellrechtsneutralen Zweck des Handelsvertretervertrages, auch sachlich geboten ist ⁷⁵⁾. Eine Integration der Vertriebspartner im Innenverhältnis kann danach erst dann zu einem auch kartellrechtlich zulässigen Preisweisungsrecht führen, wenn die Ein- oder Unterordnung der Vertriebspartner in die Absatzorganisation auch im Hinblick auf das Außenverhältnis, d. h. im Hinblick auf die Funktionsverteilung gegenüber der Marktgegenseite erforderlich ist. Eine Übernahme der Risiken durch den Hersteller, die ein Preisweisungsrecht auch kartellrechtlich legitimiert, ist danach erst zu bejahen, wenn diese Vertragsgestaltung eine entsprechende Funktionsverteilung gegenüber der Marktgegenseite absichern soll. Anders gewendet, eine Preisbindung im Rahmen von Vertriebssystemen ist erst dann kartellrechtlich zulässig, wenn auch im Außenverhältnis die Vertriebspartner erkennbar in die Absatzorganisation integriert sind. Nur für eine solche integrierte Form der Marktteilnahme ist es nämlich er-

74) Für eine Übertragung dieser "funktionalen Betrachtungsweise" im Rahmen des § 1 GWB spricht sich wohl auch Markert, BB 1986, 1390, 1391 aus. Er läßt aber nicht erkennen, wie dies erfolgen soll.

75) Vgl. auch schon Fikentscher, FS f. Hueck, S. 543, 561 f.. Er ist zwar - im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung - der Meinung, daß Handelsvertreterverträge nicht in den Anwendungsbereich der §§ 15 ff. fielen (bewußt vom Gesetzgeber geschaffene Gesetzeslücke). Bei der Lückenfüllung im Wege der Analogie stellt er dann aber darauf ab, ob wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden "den Gebundenen stärker belasten, als es sachlich gerechtfertigt und wirtschaftlich vernünftig ist." Insoweit will Fikentscher insbesondere auch auf die Auswirkungen solcher Abreden auf den Markt abstellen (S. 562)

forderlich, daß die Absatzmittler auch im Innenverhältnis, das im Hinblick auf die Marktteilnahme nur dienende Funktion hat, organisatorisch eingegliedert werden. Wäre eine Einbindung durch Übernahme der Risiken und entsprechende Einräumung eines Preisweisungsrechts hier nicht möglich, so führte die Anwendung des Preisbindungsverbot dazu, daß die gewünschte Marktteilnahme nicht durch eine dem entsprechende Ausgestaltung der Binnenbeziehungen in einer Absatzorganisation abgesichert werden könnte. Das würde aber Sinn und Zweck des GWB widersprechen, Marktteilnahme und damit Wettbewerb zu fördern.

Im Gegensatz zur Auffassung des BGH kommt es nach der hier vorgeschlagenen Abgrenzung mithin in erster Linie auf das Auftreten der Vertriebspartner gegenüber der Marktgegenseite an. Die spezifisch kartellrechtliche Grundüberlegung, auf die sich dieses Ergebnis stützt, kann anknüpfend an die These der Immanenztheorie wie folgt formuliert werden:

Eine Preisbindung kann kartellrechtlich nicht verboten sein, wenn sie zivilrechtlich geboten ist und wenn sie wirtschaftlich erforderlich ist, eine bestimmte, kartellrechtsneutrale Form der Marktteilnahme erst zu ermöglichen.

Teil 5. Folgerungen für die Behandlung von Vertriebssystemen

Das Ergebnis der Untersuchung soll im Folgenden am Beispiel jeweils typisch ausgestalteter Vertriebssysteme dargestellt werden. Hervorgehoben wird dabei vor allem auch solche Vertragsgestaltungen, bei denen die Untersuchung im Vergleich zur Abgrenzung, wie sie der BGH in seiner Telefunken-Entscheidung vornimmt, zu anderen Ergebnissen führt.

A. Handelsvertreter- und Kommissionsagenturverträge

Kartellrechtlich ähnlich zu behandeln sind Agentur- und Kommissionsagenturverträge. Rechtlich unterscheiden sich beide Vertragstypen vor allem darin, daß der Kommissionär im Gegensatz zum Handelsvertreter im eigenen Namen die Vertriebsgeschäfte ausführt. Anders als beim Handelsvertretervertrag schließt er damit rechtlich ihm selbst zurechenbare, eigene Verträge mit den Kunden ab. Kommissionsagenturverträge lassen sich damit einfacher unter den Wortlaut des § 15 GWB subsumieren, soweit es das Erfordernis des Abschlusses von Zweitverträgen betrifft. Will man mit dem BGH in seiner Telefunkenentscheidung jedoch vornehmlich nach wirtschaftlichen Kriterien abgrenzen, so scheint dieser Unterschied von eher zweitrangiger Bedeutung zu sein angesichts der Tatsache, daß der Kommissionsagent für Rechnung des Geschäftsherrn tätig wird, wirtschaftlich in der Regel also fremde Geschäfte abschließt¹⁾. Damit trägt grundsätzlich bei solchen Verträgen

1) Ebenso die Interpretation der BGH-Entscheidung bei Schwark, NJW 1986, 2957; a. A. allerdings Markert in seiner Anmerkung, BB 1986, 1390, 1391, der meint, der BGH

der Hersteller die Risiken des Warenvertriebs, was nach der Auffassung des BGH schon dazu führt, Preisweisungen im Rahmen dieser Vertriebssysteme grundsätzlich als zulässig anzusehen ²⁾. Dies soll jedenfalls für Vertriebssysteme gelten, bei denen Risikoverteilung nicht atypisch ist und die Vertriebsrisiken zu Lasten des Herstellers nennenswert sind.

Im Gegensatz zur Auffassung des BGH darf die kartellrechtliche Prüfung allerdings bei einer solchen Risikoanalyse nicht stehen bleiben. Zum einen müssen nach dem Ergebnis der Untersuchung hier auch Risiken berücksichtigt werden, die ein Agent oder Kommissionsagent ausschließlich auf sich nimmt, um "Mitglied" des Vertriebssystems werden zu können. Insbesondere dann, wenn der einzelne Absatzmittler nach dem Vertriebsvertrag erhebliche Investitionsrisiken auf sich nehmen muß, können die sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Gefahren für den Absatzmittler im Einzelfall das den Hersteller treffende kaufmännische Vertriebsrisiko überwiegen ³⁾. Dies müßte dann auch zu einer von der BGH-Rechtsprechung abweichenden kartellrechtlichen Beurteilung solcher Vertriebssysteme führen.

Zu anderen Ergebnissen gelangt die vorliegende Untersuchung aber vor allem dann, wenn die Absatzmittler nach der Gestaltung der Vertriebsverträge nicht

hätte die Kommissionsagenturvariante "sicher" in seiner Telefunkenentscheidung erwähnt (wegen der Vorgeschichte dieses Falles), wenn dieser Vertragstyp ebenso wie ein Handelsvertretervertrag zu beurteilen gewesen wäre

- 2) Daß nach der Telefunkenentscheidung des BGH die Risikoverteilung ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium für die Anwendung des § 15 GWB, wird auch in den Besprechungen der Entscheidung durchweg hervorgehoben: vgl. Schwark, NJW, 1986, 2957; Klawitter, GRUR 1986, 754; Bunte, BGH EWiR § 15 GWB 1/86, 691 f.
- 3) Vgl. oben S. 137 ff.

so in die Absatzorganisation integriert sind, daß die Marktgegenseite die Vertriebsunternehmen wegen ihres Auftretens mit einer ganz bestimmten Absatzorganisation identifiziert. Soll eine Preisbindung nicht gegen § 15 GWB verstoßen, so muß sich die Vertriebstätigkeit der Agenten nach außen ganz den Interessen eines Herstellers unterordnen. Dies muß sich aus dem Auftreten am Markt, der Ausstattung der Geschäftsräume, der Benutzung eines Warenzeichens, insbesondere aber aus der Ausrichtung des Sortiments an der Produktpalette des Herstellers ergeben ⁴⁾. Eine solche Integration der Vertriebspartner nach außen muß dabei nicht deren gesamte Vertriebs- oder auch Dienstleistungstätigkeit erfassen. Wie oben gesehen, ist es lediglich erforderlich, daß die Voraussetzungen für die Integration in ein Vertriebssystem für einen klar abgegrenzten Ausschnitt seiner Vertriebstätigkeit gegeben sind ⁵⁾. Nicht in den Anwendungsbereich des § 15 GWB fallen daher auch nach der hier vertretenen Auffassung beispielsweise der Vertrieb von Kaffee über Depots in Bäckereien (Kommissionsagenturverträge) oder die Einrichtung von Tankstellennetzen, selbst wenn den Stationären das Führen einer Reparaturwerkstatt gestattet wird.

Im Gegensatz zur Auffassung des BGH greift § 15 GWB unter Berücksichtigung der erforderlichen, spezifisch kartellrechtlichen Grenzziehung jedoch ein, wenn die Vertriebstätigkeit von Kommissionären oder Agenten nicht mehr mit der Absatzorganisation eines bestimmten Herstellers identifiziert werden kann.

4) Diese Voraussetzungen sind beispielsweise bei dem schon erwähnten Daimler-Benz-Handelsvertretervertriebssystem oder aber in der Regel beim Vertriebs von Mineralöl über Markentankstellen gegeben.

5) Vgl. oben S. 204

Hiervon ist insbesondere auszugehen, wenn die Absatzmittler die Produkte, die sie aus dem Vertriebssystem beziehen, wie jede andere Ware konkurrierender Hersteller auf den Markt bringen. Typisch für eine solche Konstellation ist das Telefunken-Partner-System. Hier kann nicht davon ausgegangen werden, daß die von § 15 GWB vorausgesetzte Preisgestaltungsfreiheit fehlt und daher das Preisbindungsverbot nicht anwendbar ist.

B. Vertragshändler- und Franchiseverträge

Vertriebssysteme werden sehr häufig auf der Basis von Vertragshändlerverträgen ⁶⁾ gestaltet, in jüngerer Zeit auch zunehmend auf der Grundlage sog. "Franchiseverträge". Bei diesem Vertragstyp wird üblicherweise zwischen dem Dienstleistungs-, dem Produktions- und dem Vertriebsfranchising unterschieden ⁷⁾. Für den Aufbau von Warenabsatzorganisationen eignet sich vornehmlich der letztere Typ, auf den sich die Darstellung im folgenden deshalb beschränken soll ⁸⁾. Diese Form des Franchising ist dadurch gekennzeichnet, daß der Franchisenehmer Wa-

6) Vgl. dazu schon oben Teil 2, B, III

7) Siehe Niederleithinger, Die kartellrechtliche Entscheidungspraxis zu Liefer-, Vertriebs- und Franchiseverträgen, S. 122; Kevekordes, BB 1987, 74 f.

8) Dienstleistungsfranchising betrifft das Anbieten von Dienstleistungen durch einen Franchisenehmer (FN) unter der Geschäftsbezeichnung des Franchisgebers (FG) und nach dessen Richtlinien. Der FN zahlt für das Recht, die Geschäftsmethoden des FG übernehmen zu dürfen, eine "Lizenz"-Gebühr (Beispiel: Hotelketten). Unter Produktionsfranchising versteht man entsprechende Vereinbarungen über Herstellung und Verkauf bestimmter Waren nach der Geschäftsmethode des FG (Beispiel: Herstellung und Vertrieb von Coca Cola, diverse Vertriebssysteme der immer gleich fad schmeckenden Hamburger); vgl. Kevekordes, BB 1987, 74 f.

ren des Franchisegebers (Produzentenfranchising) ⁹⁾ oder Produkte aus unterschiedlichen Quellen (Vertriebskettenfranchising) ¹⁰⁾ unter dem Geschäfts- oder Warenzeichen des Franchisegebers vertreibt. In der Regel ist der Franchisenehmer verpflichtet, bestimmte, ihm genau vorgegebene Geschäftsmethoden einzuhalten. Die Vertragsware kauft der Franchisenehmer (meist ausschließlich) beim Franchisegeber oder der von ihm angegebenen Bezugsquelle. Der Franchisenehmer wird also auf eigene Rechnung tätig. Ebenso wie in den Fällen des Dienstleistungs- und Produktionsfranchising ¹¹⁾ muß er eine meist umsatzabhängige Lizenzgebühr für die Übernahme des erprobten Vertriebskonzepts zahlen ¹²⁾.

Vergleicht man solche Vertriebsverträge mit der immer noch maßgeblichen Definition des Vertragshändlervertrages durch Ulmer ¹³⁾, so fallen die Gemeinsamkeiten beider Vertragstypen auf, insbesondere wenn man die für die Anwendung des § 15 GWB maßgeblichen Kriterien der Risiko- und Funktionsverteilung berücksichtigt ¹⁴⁾. Für beide Absatzformen ist es charakteristisch, daß sie nach außen eine weitgehende

9) Niederleithinger, Die kartellrechtliche Entscheidungspraxis zu Liefer-, Vertriebs- und Franchiseverträgen, S. 123

10) Niederleithinger, aaO; § 15 GWB kann insoweit auch Anwendung finden, weil die Vorschrift auch bei Preisbindungen für "andere", d.h. nicht vom preisbindenden Unternehmen gelieferte Waren, eingreift (vgl. oben Teil 3, 1, b, [1])

11) Vgl. Fußn. 7

12) Kevekordes, BB 1987, 74 f., Niederleithinger, aaO

13) Wörtlich zitiert oben Teil 2, B. III

14) Es ist sogar fraglich, ob beide Vertragsgestaltungen vertragsrechtlich als unterschiedliche Typen begriffen werden können oder ob "echte" Franchiseverträge nicht erfordern, daß die Franchisenehmer Vertragshändler sind (so Vollmer, Preisbindungen, S. 148; Skaupy, DB 1982, 2448). Daher ist auch auf eine eingehende Darstellung des Franchising in Teil 2 verzichtet worden.

Integration der Vertriebspartner in das System bewirken. Die Vertriebstätigkeit der Absatzmittler wird in den Dienst des Markenartikelherstellers oder Franchisegebers gestellt. Dies wird besonders deutlich an der Unterordnung der Franchisenehmer unter das Vertriebskonzept. Sie zudem treten am Markt typischerweise unter der Geschäfts- bzw. Markenbezeichnung des Vertriebsherrn auf. Allerdings bewirken Franchiseverträge in der Regel noch eine engere Anbindung der Franchisenehmer an das Vertriebssystem, da hier auch im einzelnen die Geschäftsmethoden vorgegeben werden, von denen der Franchisenehmer nicht abweichen darf. Solche Klauseln sind jedoch auch selektiven Vertriebssystemen auf Vertragshändlerbasis nicht fremd¹⁵⁾, sodaß allein die erwähnten Lizenzgebühren einen - für die Fragen des § 15 GWB nicht erheblichen - Unterschied begründen können. Insbesondere werden die Vertriebspartner in beiden Fällen grundsätzlich auf eigene Rechnung tätig.

Für die kartellrechtliche Beurteilung bedeutet dies, daß sich in der Regel gegen Preisbindungen im Rahmen solcher Absatzorganisationen keine Bedenken aus dem Auftreten der Vertragshändler bzw. Franchisenehmer gegenüber der Marktgegenseite ergeben.

Bei diesen Vertriebsverträge kommt es also - in Übereinstimmung mit der Rspr. des BGH - in erster Linie auf die Risikovertellung zwischen den Vertriebspartnern an. Ist diese jedoch nicht atypisch ausgestaltet¹⁶⁾, sind Preisbindungen im Rahmen von

15) Vgl. Kevekordes, BB 1987, 74 f.

16) Beispiele für atypische Ausgestaltungen: Einräumung von Rückgaberechten; Anlehnung von Franchiseverträge an das Handelsvertreterrecht (vgl. zu diesen sog. "unechten" Franchiseverträgen auch Vollmer, Preisbindungen, S. 148)

Vertragshändlersystemen¹⁷⁾ oder Franchiseorganisationen¹⁸⁾ unzulässig. Denn die sachbezogenen Vertriebsrisiken sollen in diesen beiden Vertragstypen in der Regel dies Absatzmittler tragen.

C. Ergebnis

In der Praxis führen die hier vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien, verglichen mit der Auffassung des BGH, zu gleichen Ergebnissen. Allerdings wird dem Auftreten der Vertriebspartner am Markt eine besondere Bedeutung zugemessen. In Fallkonstellationen, in denen die Risikoverteilung von der Verteilung der Aufgaben gegenüber der Marktgegenseite abweicht, entscheidet nach der hier vertretenen Auffassung die Funktionsverteilung zwischen den Vertriebspartnern. Dies kann dann im Einzelfall, insbesondere bei der Beurteilung von Agentur- und Kommissionsagenturverträgen zu Ergebnissen führen, die von den Grundsätzen der Telefunken-Entscheidung des BGH abweichen.

17) BGH WuW/E BGH 1403 - EDV-Zubehör -

18) Kevekordes, BB 1987, 74 f.; Blaurock, FS Werner, S. 23, 26 ff.; für Produktionsfranchising OLG Köln, WuW/E OLG 1715 - Wimpy-Hamburger -, LG München I NJW 1985, 1906, 1908; a. A. allerdings Vollmer, Preisbindungen, S. 108 ff., dessen kartellrechtlicher Ansatz (ungeschriebene Freistellung vom Preisbindungsverbot) aber hier abgelehnt wird (vgl. oben S. 154).

Literaturverzeichnis

- | | |
|--|--|
| Apel | Jürgen, Meistbegünstigungsklauseln und Wettbewerb, DB 1976, 2193 ff. |
| Autenrieth | Karlheinz, Anm. zu BKartA WuW/E BKartA 1935 ff., in BB 1983, 458 f. |
| Baudenbacher | Carl, Machtbedingte Wettbewerbsstörungen, GRUR 1981, 11 ff. |
| ders. | Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich, 1983 |
| Baumbach, Adolf
Duden, Konrad
Hopt, Klaus J. | Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 27. Aufl., München 1987 |
| Baumbach, Adolf
Hefermehl, Wolfgang | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kurzkommentar, München und Berlin, 8. Aufl. 1960 |
| Baur | Jürgen F., Die Telefunkenentscheidung des Bundesgerichtshofs und ihre Auswirkungen auf Handelsvertreter- und Kommissionärsbindungen, WuW 1987, 464 ff. |
| ders. | Entwicklungslinien im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, JZ 1978, 586 ff. |
| ders. | Handelsvertretersysteme und § 15 GWB, BB 1985, 1821 ff. |
| ders. | Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen, 1972 |
| Baxter | William, Leitbrief zu FIW-Dokumentation, Heft 5, Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen, 1984, S. 1 ff. |

- Belke Rolf, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, Tübingen 1966
- ders. Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nach der Kartellgesetznovelle 1973, ZHR 138 (1974), 227 ff.
- Beuthien Volker, Gesellschaftsrecht und Kartellrecht, Kann Gesellschaftsrecht (§§ 1 GenG, 112, 161, 165 HGB, 284 AktG, 68 GmbHG) Kartellrecht brechen?, ZHR 142 (1978), 259 ff.
- Bidlingmeier Johannes, Marketing, Band 1, Reinbeck bei Hamburg, 1973
- Biedenkopf Kurt, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassungsrecht, Frankfurt, 1958
- Blaurock Uwe, Kartellrechtliche Grenzen von Franchise-Systemen, in: Festschrift für Winfried Werner, 1984, S. 23 ff.
- Böhm Franz, Markenpreisbindung und fester Ladenpreis im Buchhandel, ORDO 1963, 197 ff.
- Brühl Raimund, Das kartellrechtliche Preis- und Konditionenbindungsverbot (§ 15 GWB), Berlin, 1982, Diss.
- ders. Die Formel von den "institutionellen Gegebenheiten" zur Einschränkung des § 15 GWB, WRP 1983, 3 ff.
- v. Brunn J. H., Das Wettbewerbsverbot im Handelsvertreterrecht beim Fehlen einer Vereinbarung, AcP 163 (1964), 487 ff.
- Bunte Hermann-Josef, Kurzkomentar BGH EWlR § 15 GWB 1/86, 691
- Dau Horst, Grenzen des Preisbindungsverbotes in § 15 GWB, dargestellt am Beispiel der Inhaltsbindungen im Rahmen von Handelsvertreter- und Kommissionsverträgen und am Beispiel der Provisionsbindung gemäß § 16 GWB, Diss. Kiel, 1967

- Diller Hermann, Der Preis als Qualitätsindikator, DBW 1977, 219 ff.
- Ebenroth Carsten-Thomas, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, Konstanz, 1980
- ders. Einkaufskooperation und Kartellverbot, DB 1985, 1825 ff.
- Eckstein Wolfram, Vertikale Preisbindung und Produzentenwettbewerb unter besonderer Berücksichtigung des Preiswettbewerbs in § 16 GWB, in Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe, Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich, 1968
(Zit.: Eckstein in Wettbewerb als Aufgabe)
- Emmerich Volker, Kartellrecht, 4. Aufl., München 1982
- Engelhardt Werner Hans, Qualitätspolitik (Stichwort), in Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stuttgart, 1974
- Engisch Karl. Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- Faller Hans Joachim, Das Analogieverbot im Wirtschaftsstrafrecht, DB 1972, 1757 ff.
- Fikentscher Wolfgang, "Sonstige" Verträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, FS. f. Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, 1959, S. 543 ff.
- ders. Wolfgang, Wirtschaftsrecht, Band II, Deutsches Wirtschaftsrecht, München 1983
- Fikentscher/Sandberger Preislistentreue der Werbeagenturen - Erwiderung auf Fabricius, WRP 1970, 1 ff.

- Fischer
Curt, Laufende Kundendienst-Inspektionen bei Personenkraftwagen zu Festpreisen und das neue Wettbewerbsgesetz, DB 1958, 887 ff.
- Fischer
Robert, Der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 22 GWB) in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ZGR 1978, 235 ff.
- Flume
Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979
- Frankfurter Kommentar
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Loseblattsammlung, Stand 22. Lief. Dez. 1983
(Zit.: FK-Bearbeiter)
- v. Gamm
Otto-Friedrich, Kartellrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979
- Ganal
Michael, Die handels- und kartellrechtliche Beurteilung von Agentursystemen, München 1986
- Gemeinschaftskommentar
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, begründet von Hans Müller-Henneberg und Gustav Schwartz, herausgegeben von Werner Benisch in Verbindung mit Autenrieth et al. Köln, Berlin, Bonn, München, 2. Lieferung, 1972 (§§ 15 - 17 GWB), 3. Aufl. 7. Lieferung, 1984 (§§ 76 - 96 GWB), 4. Aufl.
(Zit.: GK-Bearbeiter)
- v. Gierke, Julius
Sandroch, Otto
Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 1, Allgemeine Grundlagen, Der Kaufmann und sein Unternehmen, Berlin, New York, 1975
- Graetz
Heinz, Die Reichweite des Verbots der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nach § 15 GWB bei Absatzmittlungsverhältnissen, 1974, Diss. Gießen

- Groebe/Boeck/Thiesing/
Ehlermann
- Kommentar zum EWG-Vertrag, Band 1:
Art. 1 - 136, 3. Aufl., Baden-Baden
1983
- Grünekle
- Klaus, Bindungen von Geschäftsbe-
dingungen in Austauschverträgen
nach deutschem und EWG-Wettbewerbs-
recht, Köln, Berlin, Bonn, München,
1966
- Hax
- Herbert, Stichwort "Absatz" in
Handwörterbuch der Wirtschaftswis-
sensschaften (HdWW), zugleich Neu-
auflage der Handwörterbuchs der So-
zialwissenschaften, 1. Band: Absatz
bis Bilanztheorie, hrsg. von Willi
Albers et. al., Stuttgart und New
York, 1977
- Heckelmann, Helmut
Langheid, Theo
- Verbotene Rabattgewährung im Neu-
wagen-Handel, WRP 1983, 475 ff.
- Hermanns
- Ferdinand, Die kartellrechtliche
Zulässigkeit von Meistbegünsti-
gungsklauseln, WuW 1968, 671 ff.
- Hertz-Eichenrode
- Christian, Umgehung von § 15 GWB
durch Mißbrauch "institutioneller"
Gegebenheiten?, WuW 1983, 785 ff.
- Hill
- Hans, Zur Rechtsprechung des Kar-
tellsenats, in 25 Jahre Bundesge-
richtshof, 1975, S. 173 ff.
- Hopmann
- Erich, Zum Schutzobjekt des GWB, in
Wettbewerb als Aufgabe, Hrsg. , 1968
S. 61 ff.
- Hueck
- Götz, Bote - Stellvertreter im Wil-
len - Stellvertreter in der Erklä-
rung, AcP 152 (1952/53), 432 ff.
- Immenga/Mestmäcker
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen, Kommentar, 1981
(Zit.: IM-Bearbeiter)
- Ipsen
- Hans Peter, Kartellrechtliche
Preiskontrolle durch Verwaltungs-
helfer, ZGR 1978, 287 ff.
- Kallfass
- Hermann H., Die Chicago School -
Eine Skizze des "neuen" amerika-
nischen Ansatzes für die Wettbe-
werbspolitik, WuW 1980, 576 ff.

- Kapp Thomas, Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vertriebsbindungen? Eine Studie zu § 18 GWB unter Berücksichtigung der neueren Entwicklung im US-Antitrustrecht, Baden-Baden 1984
- Kartte Wolfgang, Vertikale Preisempfehlungen für Markenwaren und das Diskriminierungsverbot, WuW 1962, 241 ff.
- Kartte/Holtschneider Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, - Zur Geschichte des GWB -, in Handbuch des Wettbewerbs, Hrsg. v. Cox/Jens/Markert, München, 1981
- Keßler Jürgen, Der Agenturvertrieb im Lichte des Verbotes vertikaler Preisbindung - zu den wettbewerbsrechtlichen Grenzen handelsrechtlicher Organisationsprinzipien, WRP 1984, 124 ff.
- ders. Markenartikelvertrieb durch Kommissionäre - zum Schutzzweck des § 15 GWB, WRP 1982, 450 ff.
- ders. Preisbindungsverbot und Agenturvertrieb - zur funktionalen Auslegung materieller Kartellrechtsnormen, WuW 1985, 933 ff.
- Kevekordes Johannes, Zur EWG-Kartellrechtlichen Beurteilung von Franchise-Verträgen, BB 1987, 74 ff.
- Klawitter Christian, Anmerkung zu BGH GRUR 1986, 750 ff. - EH-Partner-Vertrag -, GRUR 1986, 754 f.
- Kleemann Gerd, Die kartellrechtlich Beurteilung von vertikalen Ausschließlichkeitsverträgen im Gemeinsamen Markt - Eine kritische Stellungnahme zu der Entscheidung der Europäischen Kommission - DB 1962, 1631 ff.
- Klosterfelde Walter, Durchlaufende Vertriebsbindungen - generell nichtig nach § 15 GWB?, WuW 1978, 419 ff.

- Knöpfle Robert, Anwendung des § 1 GWB auf einseitige Wettbewerbsverbote, Das Kriterium des § 1 GWB "zu einem gemeinsamen Zweck", DB 1986, Beilage Nr. 11/86
- ders. Die marktbezogene Unlauterkeit, Tübingen, 1983
- Koeble Wolfgang, Die kartellrechtliche Beurteilung von Preis- und Ausschließlichkeitsbindungen in Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen, Göppingen 1973
- Köhler Helmut, Agenturvertrieb und Preisbindungsverbot, ZHR 151 (1987), 224 ff.
- Kölner Kommentar zum AktG Wolfgang Zöllner (Hrsg.), Bd. 1, 1. Lief., 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1986
(Zit.: Bearbeiter in Kölner Komm.)
- Koenigs Folkmar, Einige Probleme des § 18 GWB, in Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe, Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich, 1968
(Zit.: Koenigs in Wettbewerb als Aufgabe)
- Kroitzsch Hermann, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers und seine kartellrechtlichen Grenzen, BB 1977, 1631 ff.
- ders. Der Kommissionsvertrag in kartellrechtlicher Sicht, WuW 1981, 687 ff.
- Kuhlen Lothar, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, Berlin 1977
- Lampe Adolf, Stellung und Aufgabe des Handelsvertreters in der Gesamtwirtschaft (aus dem Nachlaß herausgegeben von Joachim Tiburtius), Berlin 1962
- Langen/Niederleithinger/
Ritter/Schmidt Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Aufl., Neuwied und Darmstadt, 1982
(Zit.: Langen)

- Langer Lutz, Der Begriff Unternehmen im
GWB, Berlin, 1978
- Larenz Karl, Allgemeiner Teil des Deut-
schen Bürgerlichen Rechts, 6.
Aufl., München, 1983
- ders. Methodenlehre, 6. Aufl., München,
1983
- Leenen Detlef, Typus und Rechtsfindung -
Die Bedeutung der typologischen Me-
thode für die Rechtsfindung darge-
stellt am Vertragsrecht des BGB -,
Berlin 1971
- Leo Hans-Christoph, Das Wettbewerbsver-
bot des Handelsvertreters im Lichte
des § 18 GWB, WRP 1969, 85 ff.
- Loewenheim/Belke Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen, Kommentar, Loseblattsamm-
lung, Stand 1. 2. 1985, Herne und
Berlin, (Zit.: Bearbeiter in
Loewenheim/Belke)
- Löwe/Graf von Westphalen/
Trinkner Großkommentar zum AGB-Gesetz, Band
III: Einzelklauseln und Klauselwer-
ke, 2. Aufl. Heidelberg 1985
(Zitiert: Bearbeiter in Löwe/v.
Westphalen)
- Löwisch Manfred, Die Stellung der Produzen-
tenhändler im Wettbewerbsrecht,
Diss., Tübingen 1961
- Lukes Rudolf, Aktuelle Probleme der
Preisbindung zweiter Hand und der
Preisempfehlung, JuS 1962, 161 ff.
- Maasch Beate, Auslegung von Normen - ein
spezifisches Problem im Kartell-
recht?, ZHR 150 (1986), 354 ff.
- Markert Kurt, Anmerkung zu BGH BB 1986,
1387 - Telefunken-Partner-Verträge,
BB 1986, 1390 ff.
- ders. Die Grenze des Erlaubten, Ab-
satzwirtschaft 1985 Heft 12,
S. 48 ff.
- Martinek Michael, Abzahlungsgesetz und Ab-
satzmittlungsverträge,
ZIP 1986, 1440 ff.

Medicus	Dieter, Allgemeiner Teil des EGB, Heidelberg 1982
Meffert	Heribert, Marketing, Einführung in die Absatzpolitik mit Fallstudie VW-Golf. 1. Aufl., 1977 Wiesbaden
Meier	Gert, Anm. zu BGH, DB 1982, 2176 f., DB 1982, 2178 f.
Meissner	Manfred, Die Auslegung des § 15 GWB im Hinblick auf Preisbindungen im Rahmen von Interessenwahrungsverhältnissen, Diss. Erlangen, 1965
Mestmäcker	Ernst Joachim, Der verwaltete Wettbewerb, Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen, 1984
Meyer	Fritz W., Warum feste Preise für Markenartikel? Auseinandersetzung mit einer Interessen-Ideologie, ORDO 1954, 133 ff.
Möhring	Philip, Die Analogie im Kartellrecht, GRUR 1968, 541 ff.
Möschel	Wernhard, Absatzmittler und vertikale Preisbindung, BB 1985, 1477 ff.
ders.	Ökonomische Kriterien in der Anwendung des Kartellgesetzes, JA 1986, 525 ff.
ders	Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Eine vergleichende Untersuchung zum Recht der USA, Großbritanniens, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1974
ders.	Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983
Müller/Gießler/Scholz	Wirtschaftskommentar, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, Band 1 4. Aufl., Frankfurt, 1981

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240), AGB-Gesetz, 2. Aufl., München, 1984 (Zit.: MK-Bearbeiter)
- Mudgan B., Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Band: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899
- Nette Claus-Georg, Die kartell- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Preisunterbietung, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984
- Niederleithinger Ernst, Die zivilrechtliche Herausforderung des Kartellrechts, Berlin und New York, 1984
- Niederleithinger, Ernst
Ritter, Lennart Die kartellrechtliche Entscheidungspraxis zu Liefer-, Vertriebs- und Franchiseverträgen, Köln 1986

Oeller	Wolfgang, "Umgekehrte" Preisbindung zwischen Unternehmer und Handelsvertreter in Agenturvertriebssystemen?, BB 1987, 765 ff
Oellers	Bernd, Doppelwirkungen im Recht?, AcP 169 (1969), 67 ff.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 45. Aufl., München 1986
Pastuschka	Siegmund, Preisbindung durch Nachfrager, DB 1984, 653 ff.
Pfeiffer	Gerd, Grundfragen der Rechtskontrolle im Kartellverfahren (Auslegungsmethodik - unbestimmte Rechtsbegriffe - Verfahrensrecht), in Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79, 1980, S. 1 ff.
Pfeffer	Joachim, Die Neuordnung der Vertragshändlerverträge in der Automobilbranche, NJW 1985, 1241 ff.
Raisch	Peter, Normqualität und Durchsetzbarkeit wirtschaftsrechtlicher Regelungen, ZHR 128 (1966), 161 ff.
ders.	Rezensionsabhandlung - Ein Großkommentar zum GWB, ZHR 146 (1982), 346 ff.
ders.	Rezensionsabhandlung - Wernhard Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, ZHR 148 (1984); 304 ff.
Rasch,	Harold, Ausschließlichkeitsbindungen im Handelsvertreterrecht, WuW 1958, 208 ff.
Reich	Norbert, Preisempfehlungen und Preisbindungsverbot, in Handbuch des Wettbewerbs, 1981, Cox, Jens, Markert (Hrsg.), S. 369 ff.
Riesenkampff	Alexander, Die "derivativen" Wettbewerbsverbote und Wettbewerbsbeschränkungen unter besonderer Berücksichtigung des Kommissions- und des Agenturvertrages, BB 1984, 2026 ff.

- Rinck/Schwark Wirtschaftsrecht, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1986
(Zit.: Rinck/Schwark)
- Rittner Fritz, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, Düsseldorf 1957
- ders. Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 1957, 1091 ff., 1118 ff.
- ders. Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise, Karlsruhe 1971
- ders. Die Wettbewerbsverbote der Handelsvertreter und § 18 GWB, ZHR 135 (1971), 288 ff.
- ders. Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2. Aufl., Heidelberg, 1985 (Zit.: Rittner, Einführung)
- ders. Handelsvertreterverhältnis und Preisbindungsverbot, DB 1985, 2543 ff.
- ders. Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg, Karlsruhe 1979
(Zit.: Rittner, Wirtschaftsrecht)
- Säcker Franz-Jürgen, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Düsseldorf, 1971
- Sandrock Otto, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers: der Bundesgerichtshof auf den Spuren von Odysseus, in FS. f. Robert Fischer, 1979, S. 657 ff.
- ders. Die Einheit der Wirtschaftsordnung, Frankfurt, 1971
- ders. Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München, 1968
- Schaub Stefan, Franchising und EG-Kartellrecht, WuW 1987, 607 ff.

Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, Kommentar von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, München, 5. Aufl. 1973, 2. Band, §§ 48 - 104
Schmidt, Ingo/ Jan B. Rittaler	Die Chicago School of Antitrust Analysis, Wettbewerbstheoretische und -politische Analyse eines Credo, Baden-Baden 1986
Schmidt	Karsten, Handelsrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1982
ders.	Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1977
ders.	Kartellverbot und "sonstige Wettbewerbsbeschränkungen" - Begriff und Funktion des "gemeinsamen Zwecks" im GWB - , Köln, Berlin, Bonn, München, 1978
ders.	Kundenstammüberlassung und "Sogwirkung der Marke": taugliche Kriterien für den Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers?, DB 1979, 2357 ff.
ders.	Vertragliche Wettbewerbsverbote im deutschen Kartellrecht - Gemeinsamer Zweck und Immanenztheorie in der Praxis und Theorie zu § 1 GWB-, ZHR 149 (1985), 1 ff.
ders.	"Unternehmen" und Abhängigkeit": Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht - Besprechung der Entscheidung BGHZ 74, 359 -, ZGR 1980, 277 ff.
Schmude	Jürgen, Der Unternehmensbegriff im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Bonn 1968
Schmitt	Jost J., Selektiver Vertrieb und Kartellrecht, Stuttgart 1975
Schüller	Alfred, Vermachtungserscheinungen im tertiären Sektor, Ordo 1968, 177 ff.
Schwark	Eberhard, Anm. zu BGH NJW 1986, 2954 ff., NJW 1986, 2957

- ders. Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht, FS. f. Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, 1985, 1087 ff.
- ders. Zum Verhältnis von schuldrechtlichen Vertragstypen und Vertragswirklichkeit, insbesondere beim Werklieferungsvertrag, Rechtstheorie 1978, 73 ff.
- Schwartz Marius, Vertikale Beschränkungen, FIW-Dokumentation, Heft 5, Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen, 1984, S. 17 ff.
- Schwarz Günter Christian, Kartellvertrag und sonstige wettbewerbsbeschränkende Verträge, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984
- Skaupy Walter, Das Franchising als zeitgerechte Vertriebskonzeption, DB 1982, 2446 ff.
- Sölter Arno, Der Januskopf des Preiswettbewerbs, Heidelberg, 1984
- Soergel/Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240), 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1978
- Staub Großkommentar zum HGB, Berlin und New York, 2. Lief. (§§ 84 - 104), 4. Aufl., 1982, Bearbeiter: Brüggemann 6. Lief. (§§ 383 - 406), 4. Aufl., 1986, Bearbeiter: Koller
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Berlin 1980 (Zit.: Staudinger-Bearbeiter)
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl., Berlin 1957 (Zit.: Staudinger-Bearbeiter, 11. Aufl.)
- Steindorff Ernst, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Darmstadt 1977

- ders. Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in FS. f. Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 217 ff.
- Stolterfoht Joachim N., Die Selbständigkeit des Handelsvertreters, Düsseldorf 1973
- Sucker Michael, Die Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln nach § 15 GWB DB 1976, 181 ff.
- Teichmann Arndt, Die "Gesetzesumgehung" als Tatbestandsmerkmal des § 38 Absatz 2 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 1966, 91 ff.
- ders. Die "wirtschaftliche Betrachtungsweise" in der Anwendung des GWB, Festschrift für Horst Bartholomeycsik, S. 377 ff.
- Thiesing/Schmidt Der Kommissionsvertrieb als alternative Vertriebsstrategie im Konsumgüterbereich, Die Betriebswirtschaft (DBW) 1983, 369 ff.
- Tiedemann Klaus, Kartellverstöße und Strafrecht, 1976
- Tietz Bruno, Marketing, Tübingen und Düsseldorf, 1978
- Tipke Klaus, Steuerrecht, Ein systematischer Grundriß, 10. Aufl., Köln 1985
- Trautmann Lutz, Zur geänderten Praxis des Bundeskartellamtes gegenüber Meistbegünstigungsklauseln, WuW 1976, 285 ff.
- v. Tuhr Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Hälfte: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Berlin 1914, Neudruck 1957
- Überscher Rainer, Anm. zu BKartA WuW/E BKartA 2125 - Telefunken II -, 2134 ff.
- Ulmer Peter, Der Vertragshändler, München, 1969

- ders. Die kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsverboten bei Unternehmensveräußerungen, NJW 1982, 1975 ff.
- ders. Rule of Reason im Rahmen von Artikel 85 EWGV, RIW 1985, 517 ff.
- ders. Überlegungen zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht, WuW 1971, 878 ff.
- ders. Zur Problematik vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen und zum Schutz des intrabrand-Wettbewerbs im GWB, ZHR 130 (1968), 164 ff.
- Ulmer/ Brandner/ Hensen AGB Kommentar, 5. Aufl., Köln, 1986
- van Venrooy Gerd, Vertrag und Unwirksamkeit bei § 18 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Berlin, 1980
- Vollmer Lothar, Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Preisbindungen bei Absatzmittlungsverhältnissen - Zugleich Besprechung der Entscheidung des Bundeskartellamtes betr. die Telefunken- bzw. Grundig-Partnerverträge v. 24. 9. 1983, DB 1984, 226 ff.
- ders. Preisbindungen bei kooperativem Warenabsatz, Köln, Berlin, Bonn, München, 1986
- Wank Rolf, Die juristische Begriffsbildung, München, 1985
- Westen Heinz, Unbillige Behinderung von Wettbewerbern durch Verkäufe unter Einstandspreis, Berlin 1987
- Wilhelm Jan, Der gemeinsame Zweck als Merkmal des Kartellverbots wie der daran anknüpfenden Verbote, ZHR 150 (1986), 320 ff.
- Wöhe Günter, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 14. Aufl. 1981

Sonstige Veröffentlichungen:

- | | |
|--|--|
| BKartA | Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 7./8. 10. 1985 (vom BKartA vervielfältigt) |
| BKartA | Vertikale Integrationsformen beim Absatz von Waren und Dienstleistungen; aktuelle wettbewerbspolitische und kartellrechtliche Probleme, Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 6./7. Okt. 1985 (vom BKartA unter Az. G 1 - 5/86 vervielfältigt) |
| Der Bundesminister für Wirtschaft (BMW1) | Bericht des Bundesministers für Wirtschaft an den Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages über die Entwicklung im Bereich der Unverbindlichen Preisempfehlung, 16. September 1985, hrsg. vom BMW1, Studien-Reihe Heft 48 |
| Handelsblatt | v. 17. 2. 1986, Nr. 33 S. 14, Telefunken Fernseh und Rundfunk GmbH, Strategien für die Zeit nach dem BGH-Urteil, Vor Umstellung des Vertriebssystems auf Vermittlungsvertreter-Verträge |
| Weishaupt | Georg, Telefunken-Partnersystem, Licht und Schatten, Handelsblatt Nr. 56, 20./21. 3. 1987, S. 2 |
| WuW-Redaktion | Befragung, Haben das Preisbindungsverbot und der Kontrahierungszwang für Markenartikel die Konzentration im Handel gefördert?
WuW 1985, 845 ff. |

Lebenslauf

10.05.1956	geboren in Osnabrück Eltern: Christa Gehling geb. Jungeblodt Gisbert Gehling, Rechtsanwalt und Notar
1963 - 1966	Grundschule in Paderborn
1966 - 1975	Gymnasium Theodorianum Paderborn
03.06.1975	Abitur
01.07.1975 - 30.09.1976	Wehrpflichtdienst
01.10.1976 - 30.09.1981	Studium der Rechtswissenschaft an der Westfälische Wilhelms Universi- tät, Münster
22.12.1981	Erstes juristisches Staatsexamen bei dem OLG Hamm
05.02.1982	Heirat mit Dr.med. Susanne Gehling geb. Bernitz,
01.05.1982 - 15.03.1985	Referendariat in Essen
14.03.1985	Zweites juristisches Staatsexamen bei dem Justizminister in Düsseldorf
06.04.1985	Geburt der Kinder Dominik und Volker
15.05.1985 - 31.05.1987	Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Eberhard Schwark an der Ruhr-Universität Bochum
Seit dem - 16.06.1987	Rechtsanwalt in Paderborn



